

## El Reglamento Bruselas I revisado y el arbitraje: crónica de un desencuentro

JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS

Catedrático de Derecho internacional privado de la Universidad Complutense de Madrid



Dentro de su amplio contenido general, el Reglamento 1215/2012 dedica particular atención al arbitraje en su Preámbulo, en concreto, en su cdo. 12, donde se confirma el criterio de que el Reglamento no se aplica al arbitraje incluido en el art. 1.2.º d). En orden al alcance de esa exclusión cabe afirmar lo siguiente: un consenso general que parece derivarse que el arbitraje fue satisfactoriamente tratado por el Convenio de Nueva York de la que todos los Estados miembros son parte. Parece ser que el Parlamento Europeo (en particular, la Comisión JURI) y el Consejo prefirieron un enfoque un tanto simplificado de la «exclusión ampliada» que contó con el decidido apoyo del Reino Unido. No es resulta aventurado afirmar que nos hallamos ante un texto de compromiso acordado tras la retirada de las propuestas iniciales de la Comisión. Por eso el nuevo texto aprobado refleja este enfoque favorable a la «mayor exclusión». En consecuencia, en los preceptos relativos a litispendencia y conexidad no aparece mención alguna a las relaciones entre jurisdicción y arbitraje.

**PALABRAS CLAVE:** Reglamento Bruselas I bis – Arbitraje comercial – Relaciones entre jurisdicción y arbitraje – Medidas anti-proceso.

The Preamble of Regulation 1215/2012 pays a special attention to arbitration. In particular, its Recital 12 confirms that, according to art.1.2.º d), the Regulation does not apply to arbitration. In order to understand the scope of this exclusion, the following idea can be taken into consideration: A general consensus appeared to emerge, according to which arbitration was already successfully treated by the New York Convention, to which all Member States are parties. Thus, it seems that the European Parliament (in particular the JURI Commission) and the Council preferred a rather simplified approach to the «extended exclusion». And the UK strongly supported this view. Therefore, it is not risky to uphold that we are facing a compromise text, in relation to which an agreement was reached after the withdrawal of the Commission's original proposals. As a consequence, the adopted text reflects this approach in favor of a «greater exclusion». Accordingly, the provisions relating to lis pendens and related actions contain no mention to the relationship between jurisdiction and arbitration.

**KEYWORDS:** Brussels I bis Regulation - Commercial Arbitration - Relationship between jurisdiction and arbitration - Anti-suit injunctions.

### SUMARIO

- I. ARBITRAJE Y DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA
- II. SUPRESIÓN DEL ARBITRAJE EN EL SISTEMA BRUSELAS I
- III. COMPATIBILIDAD DEL SISTEMA BRUSELAS I ANTE LA EXISTENCIA DE PROCEDIMIENTOS PARALELOS
- IV. HACIA LA SUPRESIÓN PARCIAL DE LA EXCEPCIÓN DE ARBITRAJE
- V. ALCANCE DEL REGLAMENTO 1215/2012

## I. ARBITRAJE Y DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

1. El año 1958 produjeron dos hechos de trascendental importancia, la entrada en vigor del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea y la firma de la Convención de Nueva York *sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras*. A partir de aquí, y pese a lo dispuesto en el inciso final del art. 220 TCEE, el arbitraje y la normativa de la Unión Europea han transitado tradicionalmente por caminos distanciados con la justificación de que operaban en ámbitos diversos y obedecían a una lógica separada y distintiva (2). Tras no pocas vicisitudes (3) la separación, con algunas inflexiones, se mantiene en lo que concierne al arbitraje comercial y experimenta nuevos derroteros en relación con el arbitraje de inversiones, que por su especificidad queda excluido del presente estudio.

La invocación del orden público de la UE como causal de anulación o de denegación del *exequatur* de un laudo arbitral ha sido uno de los motores de este cambio, desafiando la interpretación restrictiva que es consustancial en esta materia (4). Pero existen otras implicaciones no menos relevantes. En efecto, las relaciones entre el arbitraje y la normativa de la UE tienen una cierta entidad. Diversos tribunales de los Estados miembros han reconocido la competencia de los árbitros para aplicar las normas del Derecho de la UE (Derecho de la competencia (5) y el Derecho de los consumidores, en particular) y esta práctica ha sido validada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. A ello debe añadirse que la apreciación de la tradicional exclusión del arbitraje en el mecanismo de Bruselas I (6) ha encontrado significativos puntos de fricción (7).

2. Una clara manifestación de esta dialéctica se observa en la compleja reforma del Reglamento Bruselas I, a propuesta de la Comisión, que abrió la «caja de Pandora» en una materia, el arbitraje, que había sido sistemáticamente excluida de las numerosas reformas que el sistema Bruselas I experimentó en los últimos 45 años. La interrelación entre el referido sistema y arbitraje, que era por entonces pacífica se ha convertido en la actualidad en moderadamente conflictiva. En un contexto reformador amparado en el lema de «fortalecer el mercado único y reducir la burocracia» y con el pretexto de suprimir el costoso y complejo procedimiento de *exequatur*, tuvo lugar una complicada estratagema, auténtica filigrana jurídica, tendente a la inserción de ciertas materias conexas, donde antes existía una exclusión total del arbitraje (II). Una estratagema, sobre cuyo alcance no existió unanimidad, sustentada en ciertos precedentes de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, señaladamente el asunto *West Tankers*, que produjo una total conmoción en los círculos arbitrales al apreciar que se trataba de una auténtica intromisión en su esfera de su competencia (III). Dicha decisión esbozaba, ni más ni menos, la inclusión del arbitraje en el ámbito de aplicación material del Reglamento 44/2001, al tiempo que favorecía deter-

minadas tácticas procesales contra una institución que en el continente europeo había consolidado un indiscutible prestigio. Ello dio lugar a un enconado debate, de carácter académico, profesional y corporativo, en torno a si tenían justificación los argumentos esgrimidos por la Comisión respecto a la necesaria uniformidad entre los Estados miembros en materia arbitral (IV), que se cerró con el repliegue de los eurócratas de sus propuestas iniciales y con la honda satisfacción del mundo arbitral al comprobar que en la versión final del Reglamento 1215/2012 (V). Las aguas volvían a su cauce.

## II. SUPRESIÓN DEL ARBITRAJE EN EL SISTEMA BRUSELAS I

### 1. ALCANCE GENERAL DE LA EXCLUSIÓN

3. La justificación de que el arbitraje no se incluyese en el CB, pese a que era una de las materias contempladas en el art. 220 del Tratado de Roma (y posteriormente en el art. 293 TCE), fue la existencia de un reducido número de instrumentos internacionales que ya se ocupaban de la materia arbitral y el propósito no era otro que evitar eventuales interferencias entre el texto comunitario y los mencionados instrumentos internacionales (8). Recuérdese que por aquellos años el Consejo de Europa estaba trabajando en una Ley uniforme de arbitraje anexa a la Convención europea de Estrasburgo de 20 de enero 1966 (9) y que tal iniciativa constituyó un importante fracaso al considerarse que introducía un nuevo factor de dispersión en vez de uniformar y unificar. La prueba es que únicamente fue acogida en Bélgica (10).

Esta exclusión comprendía tanto a las cuestiones de competencia judicial como al reconocimiento y la ejecución de resoluciones, cuando las demandas subyacentes a éstas aludiesen al arbitraje; más exactamente, al convenio arbitral, al procedimiento arbitral o al propio laudo arbitral. Por consiguiente, las acciones judiciales típicas relacionados con el arbitraje, tales como las medidas para hacer cumplir los acuerdos de arbitraje, las medidas cautelares, las acciones de anulación o el mecanismo de *exequatur* quedaban fuera del ámbito de aplicación del Convenio de Bruselas. Como resultado de ello el estudio de las relaciones entre el arbitraje y la CEE se reducían a aspectos muy concretos con una marcada tendencia a considerar cuestiones de carácter institucional vinculadas a los arts. 177 y 181 TCEE (11).

Resulta de sobra conocido que primero el CB y luego el Reglamento 44/2001 eliminaron el arbitraje de su ámbito de aplicación material y esta actitud tuvo la virtud de desplegar cuatro efectos diferentes: a) la exclusión de los procedimientos judiciales en auxilio de un arbitraje; b) la exclusión de los litigios donde se suscitaba la validez de una cláusula de arbitraje; c) la exclusión de los laudos



## OPINIÓN

*Los puntos de desencuentro entre el arbitraje y la normativa de la UE son numerosos. El desencuentro radica, entre otras cosas, en que el arbitraje es un instrumento esencial, consolidado y de carácter universal en los litigios de carácter transnacional que puede colisionar con uno de los objetivos esenciales del Derecho de la Unión cual es asegurar un espacio de libertad, seguridad y justicia que facilite el acceso a la justicia con el concurso del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y extrajudiciales en materia civil. Las posiciones en presencia, que a efectos dialécticos podemos calificar como «transnacional», de una parte, y «eurocrática», entendida como la ideología que se desprende de las prácticas seguidas por el conjunto de funcionarios de la UE y de otras organizaciones europeas, de otra, se hallan en un permanente estado enfrentamiento (1). Esta última acusa a los defensores de la autonomía del arbitraje de estar al servicio de determinados intereses incompatibles con los postulados de la UE, mientras que la primera se resiste a cualquier interferencia del Derecho de la UE la institución arbitral por poner en peligro la autonomía de las partes, la confidencialidad de los procedimientos y la independencia de los árbitros; dicho en otros términos, que la interferencia eurocrática es susceptible de poner en peligro el arbitraje como método de resolución de conflictos. Y parece innegable que las instituciones europeas no encuentran una política arbitraje que exprese una comprensión real de los beneficios inherentes a esta institución.*

arbitrales del sistema de reconocimiento y ejecución de decisiones; y, d) la exclusión de los litigios que pudieran surgir en el marco de la relación afectada por el arbitraje. El sistema Bruselas I dejó que en esta materia fuese regulada por las leyes de arbitraje de los Estados miembros y por los textos internacionales que los obligaban, en cuyo epicentro se hallaban el Convenio de Nueva York de 1958 y el Convenio de Ginebra de 1961. Semejante estrategia calificada como una decisión prudente (12), aunque acaso este calificativo no sea en más apropiado. Si el legislador comunitario se atrevió con otras materias complejas, también objeto de importantes intereses, cabe preguntarse por qué se replegó en materia arbitral. Acaso la explicación haya que verla en el hecho de que las relaciones entre arbitraje y jurisdicción plantean una relevante complejidad, que es objeto de regulación detallada tanto a nivel convencional como interno (13), y que esa complejidad podía desbordar los objetivos esbozados en el CB de 1968. Como apuntara R. Arenas García, o bien el sistema asumía la tarea de abordar de una forma completa esta regulación, con las consiguientes dificultades que plantearía la articulación de la normativa resultante con los instrumentos convencionales que obligaban a los Estados parte, o bien optaba, como finalmente sucedió, por una alejamiento de las cuestiones arbitrales, reconociendo la primacía de la regulación existente sobre el propio Convenio de Nueva York (14). Por entonces el arbitraje comercial todavía mantenía una dimensión marcadamente artesanal y sus dogmas actuales, como el «principio de competencia-competencia», aún no se habían consolidado. Y a ello hay que añadir que los círculos defensores del arbitraje solo aparecerían años después, por lo que no el legislador comunitario no tuvo una presión externa comparable con la existente a finales de la primera década del siglo XXI.

4. Ciertamente la amplitud de la excepción de arbitraje del art. 1 del sistema Bruselas I no fue discutida por la doctrina ni la jurisprudencia durante los primeros años de vigencia del CB de 1968. Sin embargo esta radicalidad no fue del todo pacífica con ocasión de sus sucesivas modificaciones como consecuencia de la incorporación de nuevos Estados miembros a la CE y de la negociación del Convenio paralelo de Lugano.

i) Con ocasión de la incorporación al CB de Dinamarca, Irlanda y el Reino Unido se suscitó un debate entre las posiciones anglosajona y continental. El desacuerdo esencial entre ambos punto de vista estribaba en que, de acuerdo con el primero, la exclusión del arbitraje debía entenderse de manera amplia: en cuanto se alegase la existencia de un convenio arbitral, todos los litigios derivados de la relación jurídica se someterían exclusivamente a arbitraje, independientemente del objeto material del litigio y, en tal caso, únicamente serían competentes para examinar la competencia el tribunal de arbitraje y los tribunales en el lugar de su sede. Sin embargo para los Estados miembros originarios debía tenerse en cuenta, en primer lugar, el objeto material. Si éste está comprendido en el ámbito de aplicación del Reglamento n.º 44/2001, un tribunal en principio competente en virtud de dicho Reglamento estaría facultado para examinar la aplicabilidad de la exclusión del art. 1, ap. 2, letra d) y, según su apreciación de la eficacia y aplicabilidad de la cláusula de arbitraje, para remitir el asunto al tribunal de arbitraje o resolverlo por sí mismo. Como pusiera de relieve «Informe Schlosser», el tenor del art. 1, ap. 2, letra d) CB no proporcionaba información suficiente acerca de la interpretación a la que había de darse preferencia. En su opinión de la utilización del término arbitraje cabía deducir que no se hacía referencia únicamente al procedimiento de arbitraje propiamente dicho sino que

también podían quedar fuera del ámbito de aplicación del Reglamento los procedimientos relacionados con el mismo que se sustanciase ante tribunales estatales (15). La polémica estaba servida.

ii) Y esta última se agudizó con motivo de la incorporación de Grecia el informe Evrigenis/Kerameus pues aunque en éste se reiteró las razones justificativas de la exclusión se abrió un portillo al afirmarse que «cabe considerar como propio del Convenio el control incidental de la validez del acuerdo de arbitraje solicitado por una de las partes con vistas a cuestionar la competencia internacional de la jurisdicción ante la que está convocada en aplicación del Convenio» (16).

iii) El convenio de Lugano, al igual que el sistema Bruselas I, excluye el arbitraje de su ámbito de aplicación en su art. 1.º (17). La vocación de Suiza en que muchas de sus capitales se consoliden como sedes del arbitraje internacional se manifestó en su oposición a que la cuestión fuera considerada a propósito de la reforma de la Convención de Lugano de 2007, como se evidenció en el coloquio de Lausana de 8 de abril de 2011 (18).



***Si la aplicabilidad de la exclusión dependiese de la existencia de una cuestión previa, que las partes pudiesen plantear en cualquier momento, se vulneraría el principio de seguridad jurídica***

Paralelamente en el ámbito de la ley aplicable el Convenio de Roma de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, primero, y el Reglamento Roma I, después, excluyeron de su ámbito de aplicación «los convenios de arbitraje y de elección del tribunal competente» (art. 1.2.º.e.). En el Informe Lagarde/Guiliano se describe el enfrentamiento entre la delegación británica, partidaria de la inclusión, y las delegaciones francesa y alemana, que insistieron en el carácter autónomo de la cláusula de arbitraje respecto del contrato principal y en la dificultad de aplicar la noción de los vínculos más estrechos a los acuerdos de arbitraje (19). Esta última posición fue la que prevaleció, manteniéndose inalterada a propósito de la conversión del referido Convenio en el Reglamento Roma I (art. 1.2.º.d) (20).

5. La interpretación de esta exclusión, sin embargo, no ha dejado de plantear problemas (21) obligando al TJ a resolver una serie de dudas interpretativas (22), aunque el punto de partida fue confirmatorio de tal solución. En el asunto *Marc Rich* el demandado había alegado que lo realmente decisivo era la cuestión previa de si existía un convenio arbitral válido y en consecuencia había de determinarse si el

CB era aplicable a un litigio en el que se solicitaba el nombramiento de un árbitro. Sin embargo, en opinión del TJ, si la aplicabilidad de la exclusión dependiese de la existencia de una cuestión previa, que las partes pudiesen plantear en cualquier momento, se vulneraría el principio de seguridad jurídica. Corroboró así que la exclusión pudiera limitarse a los procedimientos desarrollados ante un árbitro aclarando que el hecho de que se discutiese sobre la eficacia del acuerdo arbitral no podía tener como consecuencia que no tuviera efecto la exclusión. Si la materia principal del litigio (el nombramiento del árbitro) está excluido del Convenio esta exclusión debe mantenerse incluso aunque el motivo de la exclusión (la eficacia del acuerdo arbitral) deba ser estudiado y resuelto con carácter previo a la decisión sobre la cuestión principal litigiosa (23).

## 2. ESPECIFICIDAD DE LA EXCLUSIÓN DE LA CLÁUSULA ARBITRAL

6. En efecto, la excepción del arbitraje del art. 1 CB presentaba una cierta especificidad en el sentido de que no era propiamente una materia excluida en su totalidad, pues lo que en rigor se excluía era la cláusula que daba preferencia a la regulación en materia arbitral sobre el propio Convenio: la exclusión del art. 1 obligaba al tribunal competente de acuerdo con lo establecido en el Convenio a abstenerse por considerar que existía una cláusula compromisoria eficaz respecto al litigio del que se encontraba conociendo (24). Se resolvía así la potencial contradicción entre el sistema de reglas competenciales incluido en el Convenio y la obligación de abstención de los tribunales ante los que se presentase una demanda en un caso afectado por un compromiso arbitral válido, obligación que se derivaba tanto de instrumentos internacionales (Convenio de Nueva York de 1958, Convenio de Ginebra de 1961, Protocolo sobre cláusulas de arbitraje de Ginebra de 1923) como de la normativa de origen interno de los Estados.

A ello debe agregarse que la inclusión en el sistema Bruselas I de las decisiones pronunciadas por los jueces estatales en torno a la validez del convenio arbitral sería susceptible de dar lugar a soluciones desequilibradas (25): en las decisiones favorables y de validez, eficacia y aplicabilidad del convenio arbitral una vez que se hubiese declarado que el convenio arbitral era válido, el sistema dejaría de ser aplicable, mientras que en las decisiones donde esto no aconteciese, es decir, que declarasen nulo, ineficaz o inaplicable el convenio arbitral, la decisión sobre el fondo quedaría dentro del mecanismo Bruselas I. En este último caso la valoración negativa del convenio arbitral realizada por el tribunal estatal que conociese del caso se impondría a los demás tribunales de los Estados miembros. Con ello: a) Una demanda posterior sobre el mismo objeto y las mismas partes debería ser rechazada en virtud de la regla de litispendencia prevista en el sistema Bruselas I; b) Quedaría incompleto el mecanismo de



reconocimiento y ejecución de la decisión en otro Estado miembro ya que la exigencia de un convenio arbitral válido no se halla entre las causales de dicho sistema (26).

7. Otro problema interpretativo se suscitó respecto del control de los laudos arbitrales y su eventual anulación o ejecución cuando el convenio arbitral era considerado como una cláusula abusiva contrario al derecho de los consumidores de la UE; esto es si se podía formular la excepción del carácter abusivo de una cláusula arbitral en un proceso de anulación del laudo arbitral dándose la circunstancia de que en el proceso arbitral no se había impugnado tal circunstancia. La cuestión fue considerada por la STJ 26 octubre 2006, as. C-168/05: *Mostaza Claro*: en el curso de un procedimiento de anulación de un laudo arbitral se planteó por la Audiencia Provincial de Madrid la cuestión de si la protección de los consumidores de la Directiva 93/13/CEE podía implicar que el Tribunal que conocía del recurso de anulación contra un laudo arbitral apreciase la nulidad del convenio arbitral y anulase el laudo por estimar que dicho convenio arbitral contenía una cláusula abusiva en perjuicio del consumidor, cuando esa cuestión se alegaba en el recurso de anulación pero no se había opuesto por el consumidor en el procedimiento arbitral. El tribunal en su sentencia declaró que la Directiva 93/13 /CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debía interpretarse en el sentido de que implica que un órgano jurisdiccional nacional que conoce de un recurso de anulación contra un laudo arbitral ha de apreciar la nulidad del convenio arbitral y anular el laudo si estima que dicho convenio arbitral contiene una cláusula abusiva, aún cuando el consumidor no haya alegado esta cuestión en el procedimiento arbitral, sino únicamente en el recurso de anulación (27). Con posterioridad la STJ 6 de octubre de 2009, as. C-40/08: *Asturcom Telecomunicaciones, S.L.* reforzó el control judicial de los laudos arbitrales. En concreto, la cuestión prejudicial planteada al TJCE por un Juzgado de Primera Instancia de Bilbao trataba de averiguar si el tribunal nacional que conocía de una demanda de ejecución forzosa de un laudo arbitral podía apreciar de oficio la nulidad del convenio arbitral y, en consecuencia, anular el laudo dictado sin la comparecencia de la parte frente a la que se pide la ejecución. Sobre la resolución planeaba el principio de cosa juzgada que afectaba al laudo arbitral, y eso que el Gobierno español mantuvo que el Juez que conocía del procedimiento de ejecución del laudo arbitral firme era competente para apreciar de oficio la nulidad de una cláusula arbitral contenida en un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional, por ser tal cláusula contraria a las normas nacionales de orden público (ap. 55). Atendiendo a principios de equivalencia y efectividad, la sentencia estimó que no afectaba al principio de efectividad las normas procesales establecidas por el régimen español de protección de

los consumidores contra las cláusulas abusivas, pero al analizar el principio de equivalencia fue cuando se equiparó la protección que la Directiva otorga a los consumidores con las normas que el ordenamiento jurídico interno considera de orden público, con la conclusión, cuya finalidad parece bastante obvia, de que en la medida de que el Juez nacional que conozca de una demanda de ejecución forzosa de un laudo arbitral firme deba, con arreglo a las normas procesales internas, apreciar de oficio la contrariedad de una cláusula arbitral con las normas nacionales de orden público, está igualmente obligado a apreciar de oficio el carácter abusivo de dicha cláusula desde el punto de vista del art. 6 de la Directiva, tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello (ap. 53). Téngase en cuenta que es un principio general del Derecho que el orden público constituye un límite al ejercicio de los derechos subjetivos, no sólo de carácter sustantivo sino también procesales (28). Las dos decisiones referidas tuvieron la virtud de abrir nuevos interrogantes sobre el alcance del control judicial de la ejecución de laudos arbitrales, lo que tuvo cierto interés en un contexto de la supresión del exequátur —como procedimiento previo a la ejecución en sentido propio— respecto de las decisiones judiciales en la reforma del Reglamento 44/2001.

### III. COMPATIBILIDAD DEL SISTEMA BRUSELAS I ANTE LA EXISTENCIA DE PROCEDIMIENTOS PARALELOS

#### 1. INTERFERENCIAS RESPECTO DE PRONUNCIAMIENTOS SOBRE LAS MEDIDAS CAUTELARES

8. En este conflictivo contexto relacional en 1998 la Sentencia *Van Uden* (29) supuso una inflexión en la interpretación que hasta la fecha se había dispensado a la





exclusión (30). En esta decisión se suscitaba la posibilidad de utilizar el mecanismo del CB para determinar la competencia en la adopción de medidas cautelares o provisionales en un supuesto en el que las partes habían incluido en el contrato que las vinculaba un convenio arbitral (31). Dicho en otros términos, se suscitaba si era de aplicación el art. 24 de dicho instrumento en relación a medidas solicitadas en apoyo de un procedimiento arbitral y no de un procedimiento judicial. El TJ consideró la aplicación del presente al caso concreto aunque el procedimiento principal se desarrollase ante árbitros y aprovechó la ocasión para matizar la exclusión del arbitraje del CB con un razonamiento no exento de polémica.

Destaca la tajante afirmación, que registraría importantes consecuencias, de que «cuando las partes han sustraído válidamente un litigio derivado de un contrato, a la competencia de los tribunales estatales para atribuirlo a un órgano arbitral, no existen, en el sentido del Convenio, tribunal estatal competente para conocer del fondo del litigio». En concreto, la exclusión del Convenio de la materia arbitral no habría de conducir a la incompetencia de los tribunales designados para el caso por este instrumento, sino, más precisamente, a la no obligatoriedad del ejercicio de la competencia por parte de dichos tribunales, debiendo ser la normativa convencional o interna aplicable en materia de arbitraje la que debería determinar la forma en la que la cláusula compromisoria afectaría a la competencia del tribunal. Además la decisión puso de relieve una significativa vacilación del Tribunal sobre el alcance de la exclusión del arbitraje que realiza el art. 1 CB. Tal como se ha adelantado, el TJ sostiene que el art. 24 del Convenio podía ser utilizado para la determinación de la competencia para la adopción de medidas cautelares en auxilio del arbitraje si tales medidas se refieren a una cuestión comprendida en el ámbito de aplicación material del Convenio. Sorprende esta referencia al ámbito de aplicación material del Convenio

pues la exclusión del arbitraje operaba hasta entonces en todas las materias y en este caso se estimó que existía una cláusula de prevalencia en la regulación de la materia de arbitraje.

9. Teniendo lo anterior en cuenta, a la cuestión que se planteó al TJCE en el asunto *Van Uden*, lo más lógico hubiera sido responder que la competencia para la adopción de medidas provisionales en auxilio del arbitraje se encuentra afectada por la exclusión del arbitraje en el art. 1, remitiendo la determinación de dicha competencia a la normativa que resulte aplicable en cada Estado parte. El Tribunal, sin embargo, optó por interpretar que, dado que las medidas provisionales no se adoptan en el procedimiento arbitral, sino de forma paralela a éste no están afectadas por la exclusión del «arbitraje como materia». Esta referencia a la materia arbitral es clave, puesto que implica reducir la exclusión del art. 1 solamente a una de sus dimensiones: la exclusión del CB de aquellos litigios vinculados al desarrollo de un procedimiento arbitral, dejando de lado la prevalencia de la regulación arbitral sobre la convencional en lo relativo a la incidencia del arbitraje sobre la competencia de los tribunales estatales. Bien es verdad que la sentencia se limitó a establecer posible la compatibilidad entre el RB I y el arbitraje, toda vez que la competencia final para adoptar dichas medidas vendría determinada por el correspondiente sistema estatal del lugar donde se desarrolla el procedimiento arbitral (32).

La sentencia *Van Uden* supuso, por tanto el inicio de una penetración del arbitraje en el territorio del Sistema Bruselas I, que se vería confirmada por la Sentencia *West Tankers*.

## 2. INTERFERENCIAS RESPECTO A LAS MEDIDAS ANTIPROCESO

10. La cuestión de la compatibilidad con las decisiones dictadas en un Estado que prohíben iniciar o proseguir un procedimiento en otro miembro basándose en que tal procedimiento infringe un convenio arbitral no es nueva en la práctica internacional (33) operando como una intromisión *a priori* en el arbitraje (34). Tampoco es nuevo el debate en torno al alcance de tales *anti-suit injunctions* en el marco del sistema Bruselas I (35), sobre todo tras la STJCE 27 abril 2004, C-159/02: *Turner v. Grovit*, que admitió, según un amplio sector de la doctrina, su compatibilidad (36), aunque sin dejar la cuestión totalmente despejada (37). Y es que esta materia se ubica en el epicentro de la discusión entre el *common law* y el Derecho continental en torno al papel del juez en relación con el procedimiento arbitral. No en vano la admisión de las *anti-suit injunctions* en el arbitraje puede ser favorable a la institución en el sentido de que refuerza la voluntad de las partes contenida en el convenio arbitral.

Desde esta perspectiva el acogimiento de la medida en el sistema Bruselas I iría en consonancia con el espíritu de los Convenios de Nueva York y de Ginebra pero, y aquí está el punto conflictivo de la cuestión, al margen de ellos. El propio art. II.3.º del primero de estos instrumentos descalifica esa intervención en la medida en que habilita a la jurisdicción estatal a mantener su competencia si considera que el convenio arbitral es nulo, ineficaz o inaplicable (38). En el fondo del debate gravita una denominada estrategia procesal cuya recepción no es especialmente pacífica.

Como es bien sabido, el RB I permite que el demandante pueda optar entre varios foros en materias tales como, *v.gr.*, responsabilidad (39) o infracción de patente (40) y en contrapartida al presunto infractor le es dable suscitar una acción declarativa negativa ante diferentes jurisdicciones (41). Semejantes posibilidades, conocidas por la jurisprudencia del TJ (42), pueden conducir a supuestos de *forum shopping* en beneficio exclusivo de quien se adelante. Nos hallamos ante una ingeniosa estrategia procesal que ha adquirido ya carta de naturaleza y que se denomina como el «torpedo italiano» por la frecuencia de su empleo en ese país (43) que despliega toda su virtualidad en relación con el arbitraje (44). No cabe duda que nos hallamos ante una ingeniosa estrategia procesal.

11. Precisamente es en este marco particular donde debe situarse al asunto *West Tankers*. En él se trataba de determinar si era compatible con el Reglamento 44/2001 la adopción de una orden conminatoria que prohibía continuar con un procedimiento judicial iniciado en Sicilia. La prohibición se basaba en la existencia de una cláusula compromisoria eficaz respecto al proceso iniciado en Italia siendo el procedimiento en el que se solicitaba la adopción de la medida anti-proceso, por tanto, un mecanismo de auxilio al arbitraje que debería entrar en el ámbito de la exclusión del art. 1.2.º.d) del RB I. No obstante, el TJ declaró que, si bien las acciones pronunciadas por tribunales nacionales de hacer cumplir los acuerdos de arbitraje y laudos arbitrales están incluidas en la referida excepción de arbitraje, dicha excepción no se aplica a un caso simplemente porque la competencia del tribunal de origen se cuestione sobre la base de un arbitraje previo, siempre que el caso está dentro del ámbito de aplicación de dicho Reglamento. El TJ no tuvo reparo alguno en considerar que una orden conminatoria inglesa era contraria al «efecto útil» del Reglamento 44/2001, ya que «impide que un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro ejerza las competencias que tiene atribuidas en virtud del mencionado Reglamento» (45). La justificación de este razonamiento reposaba en que la cuestión controvertida de competencia judicial internacional respecto de una acción de responsabilidad contractual no quedaba fuera de las disposiciones del RB I

por el hecho de que dicha cuestión tuviese como presupuesto un acuerdo arbitral.

Semejante planteamiento fue considerado como un grave atentado al arbitraje internacional por permitir que unas *anti-suit injunctions* paralizaran los efectos de un convenio arbitral (46). En la práctica el TJ había dado por buena una estrategia procesal consistente en demandar ante los tribunales estatales a pesar de la existencia de un convenio arbitral para de este modo, aunque la otra parte hubiera alegado la existencia del convenio arbitral, litigar ante el juez que conoce del asunto acerca de su validez o de su aplicabilidad al caso concreto. A nadie puede escapar que las normas sobre litispendencia en el Reglamento, que dan prioridad al primer tribunal que conoce del asunto, podrían a partir de aquí ser utilizadas desvirtuar el arbitraje pactado en el contrato principal.

12. La sentencia *West Tankers* evidenció, con la consiguiente alarma que los convenios arbitrales y, por ende, la propia institución arbitral cultivada con esmero por los centros de arbitraje, podían ser torpedeados con respaldo en el principio de confianza recíproca permitiendo la ejecución de una sentencia del «tribunal torpedo» y excluyendo las *anti-suit injunctions* del sistema del RB I (47). Era menester, por tanto, diseñar una solución específica para reforzar la eficacia de las cláusulas de arbitraje en el espacio judicial europeo y desalentar las tácticas dilatorias consistentes en la interposición de una acción ante un tribunal de un Estado miembro cuya ley de arbitraje desconociese el principio de «competencia-competencia».

★ ★ ★ **La sentencia *West Tankers* evidenció, con la consiguiente alarma, que los convenios arbitrales podían ser torpedeados con respaldo en el principio de confianza recíproca**

No puede extrañar que desde los medios arbitrales lloviesen las críticas la respuesta del TJ por ignorar a la tajante exclusión incluida en el RB I y además, por la rotundidad con que se pronunció en contra de la posición mantenida en *Van Uden*, donde en un procedimiento que se desarrollaba en Inglaterra, en el curso del cual se había planteado la cuestión prejudicial, si entraba en el ámbito de aplicación del CB la competencia del Juez de medidas provisionales incluso si ya se había iniciado o podía iniciarse un procedimiento sobre el fondo, y aunque dicho procedimiento se desarrollase, y la respuesta había sido positiva. Para estos medios con una decisión de este tenor se estaban restringiendo los instrumentos nacionales rectores del arbitraje concebidos para desarrollar esta institución. En otras palabras, se quiso ver la

aparición de un peligroso control comunitario sobre la práctica arbitral de los Estados miembros (48) y ello, al margen de las previsiones del RB I que en modo alguno admite esta posibilidad. Y ello con independencia de que de *lege ferenda*, el establecimiento de semejante control pueda tener elementos de utilidad para la propia institución arbitral (49).

## IV. HACIA LA SUPRESIÓN PARCIAL DE LA EXCEPCIÓN DE ARBITRAJE

### 1. INICIO DE LAS HOSTILIDADES

13. La eventual utilidad de un control comunitario y los interrogantes suscitados por la jurisprudencia hasta ahora comentada, sobre todo el asunto *West Tankers*, fueron los elementos que movieron a que desde distintas esferas, auspiciadas por la Comisión de la UE, se abogara por un cambio en la exclusión practicada en el RB I (50). El punto de partida de la discusión fue la aparición, en el año 2007, del denominado informe Heidelberg (51) elaborado por los profesores Hess, Pfeiffer y Schlosser, por encargo de la Comisión. Tras estudiar múltiples respuestas nacionales a cuestionarios, información obtenida de bases de datos y entrevistas realizadas, entre otros, a abogados, jueces, empresarios y organizaciones de consumidores los redactores pudieron concluir con carácter preliminar que Reglamento el instrumento comunitario estaba funcionando satisfactoriamente y que existía una favorable acogida del mismo por los operadores jurídicos implicados.

Ahora bien, en la materia que nos ocupa el constituía un complejo ejercicio de relaciones entre el arbitraje «comunitario» y la jurisdicción ordinaria. Pese a reconocer que la extensión del arbitraje al sistema Bruselas I gozaba de un rechazo generalizado, consideraba que no podían ignorarse por más tiempo ciertos problemas prácticos



que justificaban suficientemente un replanteamiento sustancial de la posición tradicional. Ciertamente que la exclusión estaba justificada en lo concerniente al reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales y a los procedimientos ante los tribunales estatales en relación con el arbitraje, sobre todo en lo que concierne al control del laudo; no obstante, a juicio del informe, existían una serie de problemas conexos, gran parte de ellos en relación con el Convenio de Nueva York de 1958: *v.gr.*, reconocimiento del convenio, ejecución del laudo, conflictos entre laudos y procedimientos conexos. Y para solucionar dichos problemas el informe aportaba cuatro proposiciones de carácter general: a) supresión de la exclusión general del arbitraje en el RB I con el objeto de reducir la producción de decisiones contradictorias sobre la eficacia de la cláusula arbitral; b) establecimiento de la competencia exclusiva de los tribunales de la sede del arbitraje para conocer de las medidas de apoyo al arbitraje; c) prevalencia de los tribunales de la sede para pronunciarse sobre las impugnaciones relativas a las cláusulas de arbitraje en caso de existencia de procesos paralelos y, d) inclusión de una regla europea uniforme según la cual la sede del arbitraje sería determinada por las partes o se situaría en el Estado miembro donde de la sede del arbitraje. Dichas proposiciones, como es obvio, implicaban una interferencia entre el arbitraje y la jurisdicción muy diferente de la asumida en numerosos Estados miembros donde subyace, y sigue subyaciendo, la idea de que, pactado el arbitraje, ha de darse prioridad absoluta a la vía arbitral, reservándose los tribunales de justicia la acción de anulación. Definitivamente con tal argumentación se alteraba el modelo de relaciones entre árbitro y juez que había presidido hasta entonces una manera de concebir el arbitraje comercial internacional (52).

14 Igualmente tuvieron gran repercusión las consideraciones efectuadas por la Abogada General J. Kokott en sus conclusiones en referido asunto, presentadas el 4 septiembre 2008 (53), donde aludía a la necesidad una solución de tipo normativo, más que una solución de tipo coercitivo. En su opinión de prohibirse al tribunal la apreciación de las correspondientes cuestiones previas, una de las partes podría sustraerse al procedimiento por la mera alegación de un convenio arbitral y, al propio tiempo, se privaría al demandante que presentó su demanda ante el tribunal por considerar el convenio ineficaz o inaplicable, de la posibilidad de acudir a un tribunal estatal. Semejante situación sería contraria al principio de tutela judicial. El fundamento de la competencia exclusiva de los tribunales de arbitraje exige precisamente que exista un compromiso arbitral válido que incluya el objeto del litigio. En consecuencia afirmó la inoportunidad de mantener la exclusión del arbitraje en el sistema del RB I.

En la misma dirección el Parlamento Europeo estudió seriamente esta posibilidad (54).



## 2. HACIA UNA MEJOR ARTICULACIÓN ENTRE EL REGLAMENTO Y EL ARBITRAJE

### A) *Impacto del Libro Verde de 2009*

15. Con estos antecedentes la Comisión consideró conveniente proponer un Libro Verde en el año 2009 sobre la reforma del RBI que incluía diversas materias, entre ellas, la arbitral (55). En este punto el Libro Verde sugería un pronunciamiento acerca de la eliminación o parcial de la exclusión del arbitraje en el RBI a partir de las siguientes opciones: a) reforzar la eficacia de los acuerdos de arbitraje; b) asegurar una adecuada coordinación entre los procedimientos judiciales y arbitrales; y c) mejorar la eficacia de las sentencias arbitrales. Se recibieron un total de ciento treinta respuestas (56) y, asimismo, la Comisión realizó una serie de actividades de promoción con el objeto de alentar su propósito reformista (57). Las respuestas procedían de entidades muy diversas, desde Estados, Gobiernos y Parlamentos hasta colegios de abogados, colegios notariales, asociaciones de arbitraje (*Comité français de l'arbitrage*, *Camera Arbitrale di Milano*, *Association for International Arbitration*, Club Español del Arbitraje) y empresariales, con una participación muy valiosa de medios académicos.

En la materia que nos ocupa la mayoría de las contestaciones coincidió con la Comisión en la existencia de un importante problema en las relaciones entre jurisdicción y arbitraje a los efectos del RB I pero, a partir de aquí, y admitiendo que algunas respuestas muy documentadas compartieron ciertos planteamientos de una reforma de mayor calado (58), en general se registraron notorias discrepancias sobre todo provenientes de los círculos arbitrales al considerar que podía ponerse en peligro el liderazgo de los centros de arbitraje europeos a escala internacional, asimismo, en cuanto a la actitud a seguir respecto de los procedimientos paralelos y tácticas litigiosas abusivas. Por último, existió unanimidad en relación con el funcionamiento de la Convención de Nueva York de 1958, que no debería verse socavado por una acción de la Unión en la materia (59).

### B) *Reacciones desfavorables a la exclusión*

16. En las respuestas al libro verde, en los numerosos foros que tuvieron lugar (60) y en los diversos estudios que aparecieron (61) a propósito de la reforma del RB, I el capítulo relativo a la inclusión parcial del arbitraje en su articulado no quedó muy bien parado (62). Reaparecieron antiguas reticencias no superadas, surgieron numerosas críticas doctrinales que aún reconociendo la existencia de un problema no ofrecieron soluciones coincidentes con los reformistas, se rechazó cualquier intento de táctica dilatoria y se produjo una coincidencia en el mantenimiento del mecanismo previsto en Convenio de Nueva York (63), que constituye

una clara expresión de la voluntad de los Estados y de los operadores que ha impulsado largamente el arbitraje en la práctica cotidiana de la resolución de litigios (64), no siendo deseable que el RB I produzca una fractura en el mismo (65), si bien los laudos arbitrales en caso de reunir determinadas condiciones podrían beneficiarse del sistema de supresión del executur previsto por el Reglamento (66).

La respuesta del gobierno francés fue contundente en el sentido de que la reforma propuesta conduciría a una alineación de la jurisprudencia europea a la de los Estados miembros cuya legislación es menos favorable para el arbitraje estatal y paralelamente supondría un retroceso en relación con los progresos realizados por ciertos Estados miembros cuyo Derecho sustantivo es plenamente favorable al arbitraje y con las actividades de los principales centros de arbitraje que tienen establecidas sus sedes en dichos Estados (67).



**La Comisión consideró conveniente proponer un Libro Verde en el año 2009 sobre la reforma del RBI que incluía diversas materias, entre ellas, la arbitral**

Por descontado, el mundo del arbitraje hizo valer su espíritu clánico utilizando todos los poderosos medios a su alcance para combatir la agresión eurocrática. El ambiente generalizado reflejaba el sentimiento de que si el mecanismo había funcionado a entera satisfacción de los Estados miembros resultaba improcedente la iniciativa de revisar el Reglamento regulando algunas cuestiones que resultaban conflictivas e improcedentes para el desarrollo mismo del arbitraje (68).

El repliegue resultante en el texto que finalmente quedó consolidado, respecto de las posiciones iniciales de la reforma, exime de un examen sistemático de las respuestas que se refirieron al arbitraje. Parece suficiente aludir a alguna significativa.

17. Como es lógico, para el Reino Unido la consulta fue una buena oportunidad para reiterar su posicionamiento inicial con motivo de las negociaciones a su incorporación al CB. Tras el asunto *West Tankers* la cuestión fue debatida en la Cámara de los Lores (69) y, con posterioridad, el Ministerio de Justicia se pronunció sobre la cuestión suscitada en el Libro Verde en el sentido de que en un principio había quedado atraído por el enfoque sustentado en el Informe Heidelberg; no obstante, consideró que dicho enfoque no podía mantenerse pues su plasmación legal implicaría inexorablemente ceder competencias en materia de arbitraje internacional que

corresponden a los Estados miembros. Y a ello debía añadirse, en su opinión, el importante papel desempeñado por la Convención de Nueva York de 1958 cuya eficacia quedaría afectada por la propuesta. A partir de estas consideraciones propuso de manera tajante que el art. 1 del Reglamento en lo concerniente al arbitraje debía ser ampliado con el fin de dejar clara que la exclusión se aplica a todos los aspectos del proceso, en concreto a los procedimientos judiciales auxiliares del arbitraje (*v.gr.*, los relativos a cuestiones tales como el nombramiento de árbitros, el auxilio judicial para la concreción y custodia de pruebas y la adopción de medidas cautelares) y a las cuestiones relativas a la existencia, validez, y el alcance de un acuerdo de arbitraje. De esta suerte si un órgano jurisdiccional de un Estado miembro, conociere de una acción que es objeto de un acuerdo de arbitraje, debería resolver la cuestión totalmente al margen del RB I con el concurso exclusivo del art. II de la referida Convención de Nueva York (70).

Para los círculos arbitrales la uniformidad del arbitraje en la UE no debía, en modo alguno, ser un fin en sí mismo. Es cierto que la diversidad de sistemas puede plantear problemas a los usuarios del arbitraje pero ello abunda en la necesaria competencia en el arbitraje y es algo perfectamente conocido. Además las propuestas del Informe Heidelberg supondrían de un lado una violación flagrante de la Convención de Nueva York de 1958, cuyo ámbito de aplicación no es similar en el conjunto de los Estados miembros (*v.gr.*, la denominada reserva de «comercialidad») y un retroceso fundamental en relación con los avances efectuados en los Estados miembros que se han traducido en legislaciones y jurisprudencias totalmente favorables al arbitraje (71).

★ **Se ha producido una clara declaración de guerra a la jurisprudencia considerada ajena a los cánones de la Comisión; esta nueva dialéctica tendrá importantes repercusiones en el futuro**

18. Dentro de las respuestas partidarias de la no inclusión del arbitraje en el RB I (72) o de recoger exclusivamente la experiencia de *West Tankers* (73), merece la pena aludir las procedentes del Grupo de trabajo de la CCI («Informe Pinsolle») (74) que recogió la opinión de la mayoría de las instituciones de arbitraje, de los comités nacionales de la CCI en el sentido de que al ser la Convención de Nueva York de 1958 un instrumento de generalizada aceptación en los círculos de arbitraje a escala mundial, una reglamentación a escala regional no haría otra cosa que incrementar los conflictos internos.

Además llamaba la atención de que las propuesta incluidas en el informe de Heidelberg pondrían en peligro los beneficios que para los usuarios del arbitraje supone la competencia existente entre las distintas plazas existentes en Europa y produciría un desplazamiento del arbitraje a otras plazas de fuera de Europa. Por estas razones recomendó el mantenimiento de la exclusión de arbitraje contenida en el RB I. En esta línea defensiva cabe situar a la Cámara arbitral de Milán que, al margen de considerar contraproducente gran parte de las propuestas, vaticinó con carácter apocalíptico que su admisión cerraría las puertas de Europa al mundo del arbitraje (75).

Más matizadamente el Club Español de Arbitraje y de la Sección Española de la *International Law Association* (76) sugirieron que el Libro Verde trataba de ir demasiado lejos y perjudicaba al arbitraje internacional porque se hacían más atractivos los procedimientos judiciales que los arbitrales (77).

### 3. PROPUESTA DE REGLAMENTO DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO DE 2010

19. Por fin apareció la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo de 2010 (78) respaldada en un informe previo aprobado el 29 de junio por la Comisión de Asuntos Jurídicos y del que fue ponente Tadeusz Zwiefka (79). Dicha propuesta, replegando velas, confirmó la exclusión del arbitraje del ámbito de aplicación del Reglamento aunque de manera matizada pues consideró la posibilidad de que al impugnar un convenio de arbitraje ante un tribunal, una parte pueda desvirtuar efectivamente dicho convenio y crear un procedimiento judicial paralelo e ineficiente, que podría culminar en soluciones inconciliables y generar costes y retrasos adicionales. Con ello, a juicio de la propuesta, se infringía la necesaria previsibilidad en la solución de conflictos y propicia las tácticas judiciales abusivas.

Con ese propósito los arts. 29.4.º y 33.3.º propuestos pretendían garantizar un mayor respeto a las cláusulas compromisorias que las partes hubiesen establecido. De esta suerte, en caso de impugnación de la competencia de un tribunal de un Estado Miembro tomando como base un acuerdo arbitral, dicho tribunal debería suspender el procedimiento en caso de que se suscite un procedimiento sobre la existencia, la validez o eficacia del acuerdo ante el tribunal del Estado Miembro donde se encuentra la sede del arbitraje o ante el propio órgano arbitral. A su lado, la Comisión proponía un régimen parecido al de la litispendencia que regulado en el sistema Bruselas I, jugando la suspensión y la inhibición un papel central.

Pero también la propuesta suscitó nuevas dudas que, en términos generales afectaban a si su enfoque era totalmente favorable para el desarrollo del arbitraje y no pusiera en peligro el acervo acumulado en materia

por los Estados miembros más avanzados en el funcionamiento de esta institución (80). En primer lugar, no quedaba claro qué regulación había que aplicar en los casos en que nos halláramos ante un foro especial de protección; en segundo lugar, no se hacía referencia al modo de proceder cuando la cláusula compromisoria fuese manifiestamente nula; en tercer lugar, como se puso de relieve en el coloquio de Lausana de 8 de abril de 2011, la propuesta comportaría para el juez del Estado miembro en el que no se encuentre la sede del arbitraje una obligación *de facto* de reconocimiento automático de la resolución arbitral en la que se establezca la existencia, validez o eficacia de la cláusula compromisoria. Por último, cabía cuestionarse si el procedimiento de suspensión propuesto por la Comisión es era con la Convención de Nueva York, ya que ésta no se plantea un procedimiento de este tipo.

## V. ALCANCE DEL REGLAMENTO 1215/2012

20. Como se ha puesto de manifiesto en las páginas anteriores, el Reglamento (CE) n.º 44 /2001 (RB I) relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil es, sin lugar a dudas, el más importante instrumento del DIPr europeo (81). A pesar de su éxito global, se han percibido ciertas deficiencias durante sus primeros años de aplicación que han advertido la necesidad una reforma parcial capitaneada por la Comisión Europea. Tras dos años de proceso legislativo, finalmente ha sido adoptado el Reglamento 1215/2012, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (refundición), que deroga el RB I. De conformidad con su art. 81, sus normas sobre competencia y reconocimiento y ejecución de resoluciones serán aplicables a partir del 10 de enero de 2015. El Reglamento, que incorpora las aportaciones del TJ desde el 2000 aunque de una manera muy reticente, consta de 41 considerandos, casi el doble que en la versión anterior, 81 artículos y tres anexos y un cuadro de concordancias que resulta de manejo imprescindible.

De la lectura de los considerandos se observa que, en vez de practicar el tradicional seguidismo complaciente, se ha producido una clara declaración de guerra a la jurisprudencia considerada ajena a los cánones de la Comisión por lo que resulta previsible que esta nueva dialéctica tendrá importantes repercusiones en el futuro. La Comisión en vez de actuar con la necesaria cautela puso en marcha un conjunto de propuestas ambiciosas que en materia arbitral hubieran supuesto una verdadera «mutación» del régimen originado en Bruselas en 1968. Evidentemente este afanoso intento reformista, imbuído de un espíritu combate, fue frenado por el Parlamento Europeo que actuó como caja de resonancia



de numerosos prácticos curtidos en la casuística diaria transfronteriza atemperando los ardores de la Comisión, lo que dio como resultado la adopción de una posición más continuista propugnada por algunos Estados miembros y por ciertos lobbys, señaladamente el lobby arbitral (82). Al final se optó por una reforma modesta (83) esperando tiempos mejores y una mayor clarificación jurisprudencial de los precedentes que aconsejaron una iniciativa de esta envergadura. No es, en efecto, objetivo del RB I regular el arbitraje, pues no entra en su ámbito de aplicación, sino prevenir que se produzcan los efectos negativos de los procesos paralelos a través de una correcta coordinación de los procedimientos judiciales y arbitrales señaladamente cuando se refieran a la validez de un convenio de arbitraje.

El debate sobre la oportunidad de mitigar la exclusión del arbitraje surgió de la dificultad de determinar qué órganos jurisdiccionales de los Estados miembros tenían competencia sobre los procedimientos judiciales relacionados con un convenio de arbitraje o con el procedimiento arbitral, *v.gr.*, impugnación de los nombramientos de árbitros, o en relación con la existencia, validez o eficacia de una cláusula de arbitraje. Además, dado que las disposiciones del RB I sobre la litispendencia y acciones relacionadas no se aplican a los asuntos relacionados con el arbitraje, esto conlleva el riesgo de procedimientos paralelos sobre el mismo asunto iniciados en distintos Estados miembros susceptibles de producir decisiones contradictorias. Más concretamente, en el actual sistema judicial de la UE no existe una norma que evite que los tribunales arbitrales y judiciales de distintos Estados miembros conozcan al mismo tiempo sobre cuestiones relativas a la validez, ejecución, interpretación o eficacia del mismo acuerdo de arbitraje.

Las sentencias *Van Uden/Deco Line* y *Marc Rich and Co.* habían rechazado la tesis de la exclusión formal



(sólo los procedimientos arbitrales en sentido estricto están excluidos del ámbito de aplicación del Convenio), en favor de la exclusión material, de forma que ésta se extiende a un litigio pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, relativo a la designación de un árbitro, aun cuando dicho litigio plantee con carácter previo la cuestión de la existencia o de la validez de un acuerdo de arbitraje. No se computan en la exclusión los procedimientos judiciales que resulten instrumentales respecto a un procedimiento arbitral (adopción de medidas cautelares por una jurisdicción estatal en relación con un procedimiento arbitral).

En el Reglamento reformado sobrevive la exclusión de arbitraje en el art. 1.2.º, reforzada un considerando *ad hoc*. Por último, el art. 73 establece expresamente que el Reglamento no afectará a la aplicación de la Convención de Nueva York. Acaso una característica curiosa de esta reforma es que las novedades aparecen principalmente en los considerandos y no como disposiciones operativas. Esto no es nuevo en el singular proceso de normación en la UE. El resultado de todo el debate se refleja en un considerando, el n.º 12, de extraordinaria amplitud, que no es otra cosa que un aviso a los navegantes de que la lectura del art. 1.2.º.d) no debe realizarse de manera superficial. Sin duda en una próxima etapa la Comisión volverá a suscitar los argumentos que no supo introducir en la que ahora acaba de concluir.

21. Dentro de su amplio contenido general (84), el Reglamento 1215/2012 dedica particular atención al arbitraje en su Preámbulo, en concreto, en su cdo. 12, donde se confirma el criterio de que el Reglamento no se aplica al arbitraje incluido en el art. 1.2.º.d). En orden al alcance de esa exclusión cabe afirmar lo siguiente: Un consenso general que parece derivarse que el arbitraje fue satisfactoriamente tratado por el Convenio de Nueva York de la que todos los Estados miembros son parte.

Parece ser que el Parlamento Europeo (en particular, la Comisión JURI) y el Consejo prefirieron un enfoque un tanto simplificado de la «exclusión ampliada» que contó con el decidido apoyo del Reino Unido. No es resulta aventurado afirmar que nos hallamos ante un texto de compromiso acordado tras la retirada de las propuestas iniciales de la Comisión. Por eso el nuevo texto aprobado refleja este enfoque favorable a la «mayor exclusión». En consecuencia, en los preceptos relativos a litispendencia y conexidad no aparece mención alguna a las relaciones entre jurisdicción y arbitraje.

i) La cuestión de las tácticas «torpedo» encuentran una respuesta en el Reglamento en el sentido de que éstas no impedirán que los tribunales de otro Estado miembro entren a conocer la validez de un acuerdo arbitral de suerte que si una parte inicia un procedimiento en un Estado miembro ignorando el contenido del convenio arbitral alegando que dicho convenio es nulo (porque así lo admite la legislación de ese Estado) la otra parte puede solicitar de los tribunales de la sede del arbitraje que remita a las partes a este procedimiento. De acuerdo con el cdo. 12 «Ningún elemento del presente Reglamento debe impedir que un órgano jurisdiccional de un Estado miembro que conozca de un asunto respecto del cual las partes hayan celebrado un convenio de arbitraje remita a las partes al arbitraje o bien suspenda o sobresea el procedimiento, o examine si el convenio de arbitraje es nulo de pleno derecho, ineficaz o inaplicable, de conformidad con su Derecho nacional».

ii) El referido cdo. 12 prescinde expresamente de determinadas resoluciones sobre la eficacia de los acuerdos de arbitraje del ámbito de aplicación del Reglamento: «A la hora de resolver sobre la nulidad de pleno derecho, la ineficacia o la inaplicabilidad de un convenio de arbitraje, los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros no deben estar sujetos a las normas de reconocimiento y ejecución establecidas en el presente Reglamento, con independencia de que se pronuncien a ese respecto con carácter principal o como cuestión incidental». Se trata de una observación orientada a limitar el alcance de la circulación en los Estados miembros de las sentencias contradictorias formuladas con respecto a ciertos asuntos de arbitraje. Ello contrasta, sin embargo, con la situación de las resoluciones sobre la eficacia de los acuerdos de prórroga de jurisdicción de conformidad con la doctrina sentada por la STJ 15 noviembre 2012, as. C-456/11: *Gothaer Allgemeine Versicherung*.

iii) El Reglamento «no debe aplicarse a ningún procedimiento incidental ni acción relacionados, en particular, con la creación de un tribunal arbitral, las facultades de los árbitros, el desarrollo del procedimiento de arbitraje o cualesquiera otros aspectos de tal procedimiento, ni a ninguna acción o resolución judicial relativa a la anulación, revisión, apelación, reconocimiento o ejecución de un laudo



arbitral». Como puede observarse del texto de este nuevo pasaje del cdo. 12 se desprende que los tribunales nacionales quedan casi con las manos libres en esta materia, lo que obligará en el futuro a delimitar su alcance preciso.

iv) El régimen de reconocimiento y ejecución del Reglamento no resulta aplicable a las resoluciones sobre la eficacia de los acuerdos de arbitraje, en contraste con la situación respecto a las resoluciones sobre la eficacia de los acuerdos de prórroga de jurisdicción, a la luz de la referida STJ 15 noviembre 2012, as. C-456/11: *Gothaer Allgemeine Versicherung*. Según el cdo. 12 «El hecho de que un órgano jurisdiccional de un Estado miembro, en el ejercicio de su competencia con arreglo al presente Reglamento o al Derecho nacional, declare la nulidad de pleno derecho, ineficacia o inaplicabilidad de un convenio de arbitraje no debe impedir el reconocimiento ni, en su caso, la ejecución de la resolución de dicho órgano en cuanto al fondo del asunto conforme a lo dispuesto en el presente Reglamento».

v) Del espíritu del RB II bis se observa una tendencia a desbordar el espacio europeo para inmiscuirse en el ámbito internacional general, sobre todo en lo que concierne al tratamiento de la litispendencia internacional. Esta tendencia, por lo que se refiere a la materia arbitral, es sin embargo más moderada. Se declara sin ambages que Convención de Nueva York tiene prioridad sobre el Reglamento: «Esta norma ha de entenderse sin perjuicio de la competencia de los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros para resolver sobre el reconocimiento y la ejecución de los laudos arbitrales con arreglo al Convenio sobre el reconocimiento y la ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York el 10 de junio de 1958, que prevalece sobre el presente Reglamento». Dicho razonamiento encuentra su plasmación en el art. 73.2.º, según el cual, «El presente Reglamento no afectará a la aplicación del Convenio de Nueva York de 1958». Cabe insistir en que dicho precepto señala que el Reglamento 1215/2012 no afecta a la aplicación del Convenio de Nueva York sobre reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales. La prevalencia del Convenio de Nueva York sobre el Reglamento si bien parte de que el hecho de que un órgano jurisdiccional de un Estado miembro declare la nulidad, ineficacia o inaplicabilidad de un convenio de arbitraje no debe impedir el reconocimiento ni la ejecución conforme al Reglamento de la resolución que ese órgano pueda adoptar en cuanto al fondo del asunto, precisa que tal posibilidad debe entenderse sin perjuicio de la competencia de los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros para resolver sobre el reconocimiento y la ejecución de los laudos arbitrales con arreglo al Convenio de Nueva York.<sup>22</sup> La exclusión del arbitraje del ámbito de aplicación del RB I implica que el Reglamento no debe aplicarse a ningún procedimien-

to incidental ni acción relacionados con la creación de un tribunal arbitral, las facultades de los árbitros, el desarrollo del procedimiento de arbitraje, ni a ninguna acción o resolución judicial relativa a la anulación, reconocimiento o ejecución de un laudo arbitral. Se trata de una enumeración meramente indicativa de cuestiones excluidas, de modo que no es en absoluto una lista exhaustiva.

★ **Se observa una tendencia a desbordar el espacio europeo para inmiscuirse en el ámbito internacional general, sobre todo en el ámbito de la litispendencia internacional**

En general, las modificaciones introducidas en el Reglamento reformado relativas al arbitraje son útiles para este último por conferirle mayor protección en la UE reduciendo las posibilidades de ser torpedeado por estrategias judiciales, con lo cual los efectos de más perniciosos de *West Tankers* tienden a diluirse. Por eso, en general, el Reglamento ha contado con buena acogida entre los profesionales del arbitraje mediante la mejora de la seguridad jurídica en relación con los acuerdos de arbitraje y la prevención de tácticas procesales abusivas. Pero quedan muchas cuestiones abiertas. El Reglamento no parece autorizar a un tribunal del Estado miembro la concesión de una orden conminatoria en relación con los procedimientos en otro Estado miembro en contra de un acuerdo de arbitraje porque el requisito de la confianza mutua se mantiene intacto. Es inevitable que sigan surgiendo problemas en relación con la interacción entre el arbitraje y el Reglamento, en particular cuando un tribunal del Estado miembro ha decidido que una cláusula de arbitraje no es válida y dicte sentencia sobre el fondo del asunto, mientras que otro miembro tribunal estatal o tribunal arbitral ha llegado a un punto de vista diferente sobre la validez. Existe, en efecto, el riesgo de procedimientos judiciales acumulados cuando una parte insatisfecha con una sentencia sobre la validez de un acuerdo arbitral dictado por el tribunal (una decisión que queda fuera del ámbito de aplicación del Reglamento Bruselas y que, por lo tanto, no es vinculante para los demás Estados miembros), entable procedimientos judiciales similares en otros Estados miembros.

Acaso el RB I no sea la sede normativa más idónea para incorporar en un futuro la materia de arbitraje de forma completa, porque históricamente esta materia ha estado excluida de su ámbito de aplicación y además el Reglamento no ha sabido hacer respetar en la última década el sistema de acuerdos de elección de foro en favor de los tribunales de justicia de un Estado miembro, a

pesar de que estos acuerdos constituyen un instrumento esencial para evitar el *forum shopping* y los procedimientos judiciales paralelos. Integrar el arbitraje en un siste-

ma que no ha sido capaz de hacer respetar los acuerdos de elección de foro no parece una buena decisión de política legislativa (85).

## NOTAS

- (1) Las actitudes críticas a la eurocracia son también manifestadas en otros sectores, señaladamente en el ámbito del Derecho internacional privado, debido a la extensión de las competencias de la UE entre a los Estados miembros dentro del proceso de «comunitarización» de este sector. Vid., por todos, S.A. Sánchez Lorenzo, «La política legislativa de la Unión Europea en materia de Derecho internacional privado: de la técnica del carro ante los bueyes a la estrategia del avestruz», Nuevas fronteras del Derecho de la Unión Europea. Liber amicorum José Luis Iglesias Buhigues, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 133 ss. Esta contrariedad ha llegado a convertirse en una indignación manifiesta por parte de sectores muy cualificados. Vid. la carta abierta al Presidente de la República Francesa sobre «L'Union européenne, la démocratie et l'État de droit» en V. Heuzé, «L'honneur des professeurs de droit», La Semaine Juridique, Edition Générale, n.º 10, 7 marzo 2007. [http://credo-multimedia.com/Bib\\_num/Art\\_new/CN/ droit%20public /droit%20public%20international/droit%20 communautaire%20europ%C3%A9en/ L'honneur\\_des\\_professeurs\\_de\\_droit\\_Explicati.pdf](http://credo-multimedia.com/Bib_num/Art_new/CN/ droit%20public /droit%20public%20international/droit%20 communautaire%20europ%C3%A9en/ L'honneur_des_professeurs_de_droit_Explicati.pdf).
- (2) G.A. Bermann, «Navegating UE Law of International Arbitration», *Arb. Int'l*, vol. 28, n.º 3, 2012, pp. 397-445, esp. pág. 398.
- (3) J.J. Burst, «L'arbitrage dans ses rapports avec les Communautés européennes», *Rev. arb.*, 1979, pp. 105-120; W. Van Gerven, «L'arbitrage en droit européen», *Rev. dr. int. dr. comp.*, 1995, n.º 1, pp. 67-74.
- (4) P.F. Schlosser, «Arbitration and the European Public Policy», *L'arbitrage et le droit européen*, Bruselas, Bruylant, 1997, pp. 81-101; G.I. Zekos, «The Treatment of Arbitration Under EU Law», *Disp. Res. J.*, n.º 54, 1999; J.C. Fernández Rozas, «Le rôle des juridictions étatiques devant l'arbitrage commercial international», *Recueil des Cours*, t. 290, 2001, pp. 204-206; Y. Brulard e Y. Quintin, «European Community Law and Arbitration: National Versus Community Public Policy», *J. Int'l Arb.*, vol. 18, n.º 5, 2001, pp. 533-547. Vid. STJ 1 junio 1999, as. C-12/1997: *Eco Swiss China Time Ltd c. Benetton International NV* y nota de S. Álvarez González, «Arbitraje comercial internacional, orden público y Derecho comunitario de la competencia», *Diario La Ley*, n.º 4895, 1999, pp. 1-4; y los comentarios de L. Idot, «L'arbitre et l'ordre public communautaire: prise de position de la Cour de Justice, note sous CJCE, 1 juin 1999», *Rev. arb.*, 1999, n.º 3, pp. 631-653; y S. Perruzzetto Poillot, «L'ordre public international en droit communautaire. À propos de l'arrêt de la Cour des justices des Communautés du 1er juin 1999 (affaire Eco Swiss China time Ltd)», *Journ. dr. int.*, 2000, n.º 2, pp. 299-315. STJ 28 marzo 2000, as. C-7/1998, *Krombach c. Bamberski* y comentario de M. Gómez Jene, «Convenio arbitral y orden público europeo (A propósito de la Sentencia del TJCE de 28 de marzo de 2000 en el asunto *Krombach c. Bamberski*)», *Gaceta Jurídica UE*, n.º 2009, 2000, pp. 86-92.
- (5) Aunque la STJ 23 marzo 1982, as. 102/1981: *Nordsee*, consideró que un tribunal arbitral no era competente para entablar una cuestión prejudicial, que versaba sobre Derecho de la competencia, entendió que esta materia quedaba comprendida dentro de las materias susceptibles de arbitrabilidad. Vid. las notas de X. De Mello, *Rev. arb.*, 1982, pp. 390-403; Ph. Fouchard, *ibid.*, 1982, pp. 491-493; M. Friend, *L. Q. Rev.*, 1983, pp. 356-360; G. Bebr, *C.M.L. Rev.*, 1985, pp. 489-504, y P. Blanco-Morales Limones, *RCEA*, 1986, vol. III, pp. 123-129.
- (6) Como es bien sabido, la mayoría de las sentencias dictadas por el TJCE en respuesta a las cuestiones prejudiciales relativas al Convenio de Bruselas siguen siendo plenamente extrapolables al texto del Reglamento Bruselas I. Este Reglamento fue uno de los actos normativos promulgados sobre la base competencial del art. 65 TCE, tras su revisión por el Tratado de Ámsterdam, y vino a suponer la conversión del Convenio de Bruselas de 1968 en un acto normativo institucional (J.C. Fernández Rozas y S.A. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, 7.ª ed., Cizur Menor, Civitas / Thomson-Reuters, 2013, pág. 65).
- (7) Vid., las ponencias de S. Bollee y de C. Nourissat, en la obra dirigida por P. Mayer, *Arbitrage et droit de l'Union Européenne*, París, Lexis Nexis, 2012.
- (8) Vid. el Rapport de M. P. Jenard sur la Convention du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, JO C 59 de 5.3.79, pág. 13, B. Audit, «L'arbitre, le juge et la Convention de Bruxelles», *L'internationalisation du droit. Mélanges en l'honneur d'Yvon Loussouarn*, París Dalloz, 1994, pp. 15-29.
- (9) Vid. P. Jenard, «Projet de convention européenne portant loi uniforme en matière d'arbitrage en droit belge», *Annales de la faculté de droit de Liège*, vol. 9, 1964, pp. 39-81.
- (10) Mediante la adición de una parte sexta al Código de Procedimiento (arts. 1676 a 1723). Vid. G. Keutgen, *L'arbitrage en droit belge et international*, Bruselas, 1981, pág. 426.
- (11) C.L. Schmitthoff, «Arbitration and EEC Law», *C.M.L. Rev.*, vol. 25, 1987, pp. 1-15.
- (12) Cf. G.A. Bermann, *loc. cit.*, pág. 402.
- (13) Vid. J.C. Fernández Rozas, «Le rôle des juridictions étatiques...», *loc. cit.*, pp. 104-108.
- (14) Cf. R. Arenas García, «La inclusión progresiva...», *loc. cit.*, pp. 404-405.

- (15) Informe de P. Schlosser sobre el Convenio de 9 de octubre de 1978 relativo a la adhesión del Reino de Dinamarca, de Irlanda y del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte al Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, así como al Protocolo relativo a su interpretación por el Tribunal de Justicia (DO 1979 C 59, p.71), apartado 61). De acuerdo con el ap. 63 del informe «La noción de arbitraje solamente cubre los procedimientos de arbitraje. Por consiguiente, el punto 4 del párrafo segundo del art. 1 del Convenio sólo cubre los procedimientos que se desarrollen ante los tribunales estatales en los casos en que dichos procedimientos se vinculen a la pretensión principal de un procedimiento arbitral, y no cuando se refieran solo incidentalmente a la cuestión de la validez de un compromiso arbitral con ocasión del examen de la competencia del tribunal». Curiosamente P. Schollosser en un estudio posterior («The 1968 Brussels Convention and Arbitration», Riv. dir. int. pr. proc., 1989, pág. 545) mantuvo una opinión contraria a la expresada en su informe, al entender que la Convención Bruselas debía aplicarse a todas las instancias judiciales estatales que entren en contacto con una cuestión de arbitraje.
- (16) Informe relativo al Convenio de adhesión de la República de Grecia al Convenio de Bruselas en lo referente a la competencia judicial y la aplicación de Decisiones en materia civil y comercial de 1968, (DO 1986, C 298, p. 1, epígrafe III, punto 35).
- (17) Vid. al respecto, en la jurisprudencia española de aplicación de la Convención de Lugano, la STJ 1.ª 9 octubre 2003, RJ 2003, 7231.
- (18) Una parte estelar del coloquio se ocupó del complejo tema de las relaciones entre el Reglamento Bruselas I y el arbitraje donde se pusieron de manifiesto algunos numerosos críticas respecto de la propuesta de la Comisión, especialmente en tanto que de facto comporta para el juez del Estado miembro en el que no se encuentre la sede del arbitraje una obligación de reconocimiento automático de la resolución arbitral en la que se establezca la existencia, validez o eficacia de la cláusula compromisoria. Vid. A. Bonomi y C. Schmid, La révision du Règlement 44/2001 (Bruxelles I): quelles conséquences pour la Convention de Lugano, Institut Suisse de Droit Comparé /Schulthess, 2011.
- (19) Informe relativo al Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales por Mario Giuliano profesor de la Universidad de Milán y Paul Lagarde profesor de la Universidad de París I, DO C 237 de 11.12.1992, pág. 11.
- (20) B. Yüksel, «The Relevance of the Rome I Regulation to International Commercial Arbitration in The European Union», J. Priv. Int'l L., vol. 7, n.º 1, 2011, pp. 149-178.
- (21) Vid. en la doctrina española, M. Gómez Jene, El arbitraje comercial internacional en la Unión Europea: La eficacia del laudo arbitral, Madrid, 2000, pp. 98-158.
- (22) Dentro de los estudios jurisprudenciales en esta materia, vid. V. Hradilová, «European Law in Arbitration Proceeding», Days of Public Law, Acta Universitatis Brunensis, 2007, pp. 998-1007. <http://www.law.muni.cz/sborniky/Days-of-public-law/files/pdf/mep/Hradilova.pdf>.
- (23) Cf. STJ 25 julio 1991, as. 190/1989: Marc Rich and Co. AG, ap. 18: «al excluir del ámbito de aplicación del Convenio la materia del arbitraje basándose en que dicha materia ya era objeto de Convenios internacionales, las partes contratantes tuvieron la intención de excluir en su integridad la materia relativa al arbitraje, incluso los procedimientos incoados ante los Tribunales estatales». Vid. B.M. Cremades, «Convenio de Bruselas y arbitraje», Diario La Ley, n.º 4752, 1999, pág. 1-5; R. Monaco, «Compétence arbitrale et compétence selon la Convention communautaire de 1968», Études de droit international en l'honneur de Pierre Lalive, Basilea/Franfurt Main, Helbing & Lichtenhahn, 1993, pp.587-594; y notas de T. Hartley, Europ. L. Rev., 1991, pp. 529-533; D. Hascher, Rev. arb., 1991, n.º 4, pp. 697-708; M. Amores Conradi y J. Serra Callejo, RCEA, vol. VII, 1991, pp. 85-93; A. Borrás, RJ, 1992, pp. 571-574, G. Gaja, Riv. arb., 1992, pp. 417-424; R. Mónaco, ibid., 2, pp. 116-121 y P. Mayer, Rev. crit. dr. int. pr., 1993, pp. 316-320.
- (24) R. Arenas García, «La inclusión progresiva del arbitraje en el Reglamento 44/2001: de Van Uden a West Tankers y sus consecuencias», Arbitraje, vol. II, n.º 2, 2009, pp. 401-427, esp. pág. 406.
- (25) Vid. el interesante plateamiento de S. Besson, «Le sort et les effets au sein de l'Espace judiciaire européen d'un jugement écartant une exception d'arbitrage et statuant sur le fond», Etudes de procédure et d'arbitrage en l'honneur de J.-F. Poudret, Lausanne, 1999, pp. 331.
- (26) N. Bouza Vidal, «Procedimientos paralelos en torno a la validez del convenio arbitral: nuevos planteamientos después de West Tankers», Arbitraje, vol. II, n.º 3, 2009, pp. 675-708, esp. pág. 681.
- (27) L. Idot, Rev. arb., 2007 p.115-121; E. D'Alessandro, Riv. arb., 2006 pp. 679-695; N. Reich, «More clarity after "Claro"? Arbitration Clauses in Consumer Contracts as an ADR (alternative dispute resolution) Mechanism for Effective and Speedy Conflict Resolution, or as "deni de justice"», European Review of Contract Law, vol. 3, 2007, pp. 41-61; A. Mourre, Journ. dr. int., 2007, pp. 583-593; A. Azparren Lucas, «Intervención judicial en el arbitraje, la apreciación de oficio de cláusulas abusivas y de la nulidad del convenio arbitral (Consecuencias de la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades de 26 de octubre de 2006)», Diario La Ley, n.º 6789, 2007, pp.1-7; E.F.R., «Clausola compromissoria "vessatoria" e impugnazione del lodo», Riv. dir. proc., 2007, pp.1086-1087; Ph. Thery, «Organisation judiciaire et juridiction», Rev. trim. dr. civ., 2007, pp.633-635; M.B.M. Loos, European Review of Contract Law, 2007, vol. 4, pp. 439-445; Ch. Liebscher, C.M.L. Rev., 2008, pp. 545-557.
- (28) Para el TJ «La Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que un órgano jurisdiccional nacional que conoce de una demanda de ejecución forzosa de un laudo arbitral que ha adquirido fuerza de cosa juzgada, dictado sin comparecencia del consumidor, está obligado, tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello, a apreciar de oficio el carácter abusivo de la cláusula». Vid. J.M. Ruiz Moreno, «El control ex officio iudicis de la validez del laudo de consumo en el proceso de ejecución», Diario La Ley, n.º 7578, 2011.



- (29) STJ 17 noviembre 1998, as. C-391/1995: Van Uden/Deco Line.
- (30) Cf. R. Arenas García, «La inclusión progresiva...», loc.cit., pp. 409-411.
- (31) F. Gascón Inchausti y M. Gómez Jene, «Arbitraje, medidas cautelares y Convenio de Bruselas (A propósito de la Sentencia del TJCE de 17 de noviembre de 1998 en el asunto Van Uden c. Deco Line)», *Tribunales de Justicia* 1999, n.º 4, pp. 303-318.
- (32) Cf. M. Gómez Jene, «Propuestas de inclusión del arbitraje en el Reglamento 44/2001», *CDT*, vol. 2, n.º 1, 2010, pp. 345-346.
- (33) En el asunto *Pena Copper Mines Ltd v. Rio Tinto* relativo a la propiedad de una explotación minera en España las partes, una sociedad española y otra belga, habían suscrito un contrato sometido al Derecho inglés que incluía una cláusula arbitral que establecía la designación de los árbitros de conformidad con el Derecho inglés. Surgida la controversia la entidad española ignorando la cláusula arbitral presentó una demanda ante los tribunales españoles y la sociedad belga por su parte consiguió ante los tribunales ingleses una anti-suit injunction destinada a paralizar el eventual proceso judicial y evitar que una eventual decisión en este último pudiera ser objeto de ejecución forzosa (*Pena Copper Mines Ltd v. Rio Tinto*, 105 L.T. 846). Vid. J.C. Fernández Rozas, «Anti-suit injunctions et arbitrage commercial international: mesures adressées aux parties et au tribunal arbitral», *Soberanía del Estado y Derecho Internacional. Homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, t. I, Sevilla, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 2005, pp. 575-586; .R. Swanson, «Anti-suit Injunctions in Support of International Arbitration», *Tulane L. Rev.*, vol. 81, n.º 2, 2006, pág. 396.
- (34) Vid. S. Sánchez Lorenzo, «Antisuit injunctions y reconocimiento de laudos arbitrales anulados: una liaison dangereuse», *Arbitraje*, vol. II, n.º 1, 2009, pp. 15-27.
- (35) H. Seriki, «Anti-suit Injunctions and Arbitration: a Final Nail in the Coffin», *J. Int'l Arb.*, 2006, pp. 25-38; S. Bollée, «Quelques remarques sur les injonctions anti-suit visant à protéger la compétence arbitrale (à l'occasion de l'arrêt *The Front Comor* de la Chambre des Lords)», *Rev. arb.*, 2007, pp. 223-248, esp. pp. 224-225; M. Requejo Isidro, «Sobre la anti-suit injunction y la cláusula arbitral en el espacio europeo de justicia. Observaciones para la cuestión prejudicial en el as. C- 165/07, *The Front Comor*», *Arbitraje*, vol. I, n.º 2, 2008, pp. 403-433. F. Pombo, «Arbitraje y anti-suit injunctions», *Liber amicorum Bernardo Cremades*, Madrid, La Ley, 2010, pp. 975-991.
- (36) *Inter alia*, C. Ambrose, «Can anti-suit injunctions survive European Community Law?», *Int'l Comp. L. Q.*, 2003, pp. 401-424; R. Carrier, «Anti-suit injunction: la CJCE met fin à un anachronisme», *Droit Maritime Français*, 2004, pp. 403-412; y la nota de H. Muir Watt en *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2004, pp. 659-664; C. Mulcahy, «The Impact C. Mulcahy, "The Impact of the Brussels Convention on Anti-Suit Injunctions in Aid of Arbitration Agreements", *Arbitration*, vol. 71, n.º 3, 2005, pág. 12 of the Brussels Convention on Anti-Suit Injunctions in Aid of Arbitration Agreements», *Arbitration*, vol. 71, n.º 3, 2005, pág. 12.
- (37) V.gr., T. Kruger, «The Anti-Suit Injunction in the European Judicial Space: *Turner v. Grovit*», *Int'l Comp. L. Q.*, 2004, pp. 1030-1040 y, sobre todo, M. Requejo Isidro, «Medidas antiproceso: *Turner v. Grovit*, final discutible de un debate», *La Ley*, 30 de junio de 2004 y nota en *REDI*, 2004, pp. 854-860. Vid., asimismo, M.ª J. Elvira Benayas, «¿Existe alguna posibilidad, por pequeña que sea, de salvar lo nuestro? Las antisuit injunction y el Convenio de Bruselas. A propósito de la STJCE de 27 de abril de 2004 (C-159/02)», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n.º 9, 2005, pág. 4.;
- (38) Como apunta S. Sánchez Lorenzo, «... se trata de una fórmula que tiende a "publicar" las relaciones internacionales, convirtiendo una disputa privada en una controversia internacional larvada entre órganos jurisdiccionales de distintos Estados, en una suerte de protección diplomática judicial, absolutamente negativa para el comercio internacional». Cf. «Antisuit injunctions y reconocimiento...», loc. cit., pág. 17.
- (39) C. Oró Martínez, «Las acciones declarativas negativas y el art. 5.3.º del Reglamento Bruselas I», *AEDIPr*, t. XI, 2011, pp. 185-206.
- (40) P.A. De Miguel Asensio, «Cross-Border Adjudication of Intellectual Property Rights and Competition between Jurisdictions», *Annali italiani del diritto d'autore*, vol. XVI, 2007, pp. 105-154; F. Marongiu Buonaiuti, «*Lis alibi Pendens* and Related Actions in Civil and Commercial Matters within the European Judicial Area», *Yearb. Priv. Int'l. L.*, vol. 11, 2009, pp. pp. 511-564, esp. pp. 560-564.
- (41) G. Cuniberti, «Action déclaratoire et droit judiciaire européen», *Journ. dr. int.*, 2004, pp. 77-87.
- (42) La STJCE 25 octubre 2012, as. C-133/11: *Folien Fischer AG, Fofitec y Ritrama SpA*. incluyó las acciones declarativas negativas en el ámbito material de aplicación del art. 5.3.º RB I. Vid. P. Blanco Morales y Limones, «Acciones declarativas negativas y forum delicti commissi. ¿galgos o podencos?: la litispendencia. Comentario a la STJ (Sala Primera) de 25 de octubre de 2012. *Folien Fischer AG y Fofitec AG contra Ritrama SPA*», *CDT*, vol. 5, n.º 1, 2013, pp. 240-253.
- (43) M. Franzosi, «Worldwide Patent Litigation and the Italian Torpedo», *EIPR*, 1997, pág. 7 ss. <http://www.franzosi.com/articolo/1997/worldwide-patent-litigation-and-the-italian-torpedo/en>. J. Suderow, «Nuevas normas de litispendencia y conexidad para europa: ¿el ocaso del torpedo italiano? ¿flexibilidad versus previsibilidad?», *CDT*, vol. 5, n.º 1, 2013, pp. 183-198.
- (44) P. Kindler, «Torpedo Actions and the Interface between Brussels I and International Commercial Arbitration», en F. Pocar, I. Viarengo y F.C. Villata (eds.), *Recasting Brussels I*, Pádua, Cedam, 2012, pp. 57-70.
- (45) Cf. STJ 10 febrero 2009, as. C-185/07: *West Tankers Inc.*: «aunque un procedimiento no esté comprendido en el ámbito de aplicación del Reglamento n.º 44/2001, puede, tener consecuencias contrarias a su efecto útil, es decir, impidiendo que se cumplan los objetivos inherentes de las normas de conflicto de los órganos jurisdiccionales en materia civil y mercantil y de la libre circulación de las resoluciones en esta misma materia. Así sucede, en particular, cuando tal procedimiento impide que un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro ejerza las com-



petencias que tiene atribuidas en virtud del Reglamento n.º 44/2001» (ap. 24).

- (46) S. Dutson y M. Howarth, «After West Tankers - Rise of the "Foreign Torpedo"?, *Arbitration*, n.º 75, 2009, pp. 334-348.
- (47) Existe un evidente paralelismo entre la sentencia *West Tankers*, en lo que concierne a la cláusula arbitral, y la sentencia *Gasser* respecto a la cláusula de elección de foro. De conformidad con esta jurisprudencia, la excepción de incompetencia "basada en la existencia de un convenio arbitral, incluida la cuestión relativa a la validez de éste, está comprendida en el ámbito de aplicación del Reglamento n.º 44/2001 y (...) corresponde exclusivamente a dicho órgano jurisdiccional pronunciarse sobre la referida excepción y sobre su propia competencia" (ap. 27). No en vano en este asunto la acción planteada con anterioridad sirvió para bloquear el foro acordado por las partes, anulando así la efectividad de las cláusulas de sumisión de foro. Vid. M. Requejo Isidro, "Violación de acuerdos de elección de foro y derecho a indemnización: estado de la cuestión", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n.º 17, 2009.
- (48) Dentro de los abundantes sobre esta polémica decisión vid. R. Carrier, «Anti-suit injunction: La prohibition du droit communautaire s'applique même en matière d'arbitrage», *Le droit maritime français*, 2009, pp. 217-220; G.-A. Dal, «L'arrêt "West Tankers" et l'effet négatif du principe de compétence-compétence», *Revue pratique des sociétés*, 2010, pp. 22-32; R. Fentiman, «Arbitration and Antisuit Injunctions in Europe», *Cambridge L.J.*, vol. 68, 2009, pp. 278-281; C. Gambino, «La legittimità delle azioni risarcitorie per violazione di clausole compromissorie dopo la giurisprudenza *West Tankers*», *Riv. dir. int. pr. proc.*, 2010, pp. 949-978; M. Gómez Jene, «Arbitraje y Reglamento 44/2001: consecuencias de la sentencia *West Tankers*», *Revista del Club Español del Arbitraje*, n.º 6, 2009, pp. 5-24; M.A. Lupoi, «Arbitrato e Regolamento Bruxelles I: ultimi sviluppi, Sull'arbitrato», *Studi offerti a Giovanni Verde*, Nápoles, Jovene, 2010, pp. 475-489; J.I. Marcuello Salto, «La sentencia *West Tankers* y su jurisprudencia derivada. La inclusión del arbitraje en el espacio de libertad, seguridad y justicia», *Revista Jurídica. Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 24, 2011, pp. 95-118; E. Merlin, «Proroghe patizie e principio di "pari autorità" nell'accertamento della competenza internazionale nel Reg. CE 44/2001», *Riv. dir. proc.*, 2009, pp. 971-999; E. Peel, «Arbitration and Anti-Suit Injunctions in the European Union», *The Law Quarterly Review*, 2009, pp. 365-369; Z.C. Reghizzi, «"Mutual Trust" and "Arbitration Exception" in the European Judicial Area: the *West Tankers* Judgement on the ECJ», *Yearb. Int'l Arb.*, vol. 11, 2009, pp. 427-451; A. Van Waeyenberge, «Le juge communautaire face au "Common Law". Réflexions autour de l'arrêt "Allianz", *Revue du droit de l'Union européenne*, 2009, n.º 2, pp. 291-303; M.M. Winkler, "West Tankers: la Corte di Giustizia conferma l'inammissibilità delle anti-suit injunctions anche in un ambito escluso dall'applicazione del Regolamento Bruxelles I", *Dir. comm. int.*, 2008, pp. 735-743.
- (49) Cf. R. Fentiman, «Arbitration and the Brussels Regulation», *Cambridge L.J.*, vol. 66, n.º 3, 2007, pp. 493-495, esp. pág. 495 y M. Requejo Isidro, «West Tankers: otra vez no a las

*antisuits injunctions*», *Arbitraje*, vol. II, n.º 2, 2009, pp. 429-437, esp. pág. 436.

- (50) C. Kessedjian, «The Proposed Arbitration Provisions in the Recast of Regulation 44/2001», *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation. The Fordham Papers 2011* (A.W. Rovine, ed.), Leiden, Nijhoff, 2012, pp. 202-211.
- (51) B. Hess, T. Pfeiffer y P. Schlosser, «The Brussels I Regulation (EC) No 44/2001- The Heidelberg Report on the Application of Regulation Brussels I in 25 Member States», Heidelberg, 2008. [http://ec.europa.eu/civiljustice/news/docs/study\\_application\\_brussels\\_1\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/civiljustice/news/docs/study_application_brussels_1_en.pdf). Study JLS/C4/2005/03; B. Hess, T. Pfeiffer y P. Schlosser: *The Brussels I Regulation 44/2001. Application and enforcement in the EU*, Múnich, C.H. Beck, 2008. Vid. la noticia de C. Otero García Castrillon, «Nuevas perspectivas para la regulación coordinada del arbitraje y la jurisdicción civil en la Unión Europea», *Arbitraje*, vol. I, n.º 2, 2008, pp. 495-500.
- (52) C. Consolo, «Brussels I Regulation, Arbitration and Parallel Proceedings: A discussion of the Heidelberg proposal (in the light of *West Tankers* and *Endesa*)», *Sull'arbitrato: studi offerti a Giovanni Verde*, Nápoles, Jovene, 2010, pp. 245-274; C. Consolo y M. Stella, «Brussels I Regulation Amendment Proposals and Arbitration», en F. Pocar, I. Viarengo y F.C. Villata (eds.), *Recasting Brussel I*, Pádua, Cedam, 2012, pp. 37-56.
- (53) <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=66648&pageIndex=0&doclang=es &mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=357492>.
- (54) Vid. el informe de P. Simon, «Arbitration and Brussels I Regulation», intervención ante el Comité de Asuntos Jurídicos del Parlamento Europeo de 19 enero 2009.
- (55) Libro verde sobre la revisión del Reglamento (CE) n.º 44/2001, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, COM (2009) 175 final, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2009:0175:FIN:ES:PDF>.
- (56) [http://ec.europa.eu/justice/news/consulting\\_public/news\\_consulting\\_0002\\_en.htm](http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/news_consulting_0002_en.htm).
- (57) La Comisión coorganizó dos conferencias sobre la revisión en 2009 y en 2010. En julio de 2010 se celebró una reunión con expertos nacionales. Se constituyó un grupo de expertos específico sobre la cuestión del arbitraje y se celebraron tres reuniones en julio, septiembre y octubre de 2010.
- (58) Max Plack Institute: [http://ec.europa.eu/justice/news/consulting\\_public/0002/contributions/civil\\_society\\_ngo\\_academics\\_others/max\\_planck\\_institut\\_fur\\_auslandisches\\_und\\_internationales\\_privatrecht\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/0002/contributions/civil_society_ngo_academics_others/max_planck_institut_fur_auslandisches_und_internationales_privatrecht_en.pdf). Según el Centro de Estudios Europeos y el denominado «Grupo Galileo», habida cuenta de que todos los Estados miembros reconocen el principio de los efectos negativos de la competencia-competencia el impacto práctico de tal inclusión sería extremadamente reducido. Según este colectivo desde el momento en que el juez conoce del asunto, de conformidad con los foros de competencia establecidos en el RB I, su competencia sería cuestionada por la existencia de una cláusula arbitral que le privaría de la misma para permitir que el árbitro decida sobre su propia competencia. Pero debe tenerse en cuenta que ese efecto negativo del

convenio arbitral no tiene el mismo alcance en todos los Estados miembros (v.gr., en Italia y en Alemania no se admite) por lo que es menester acudir a los tribunales de la sede para determinar la validez de la cláusula. Recuérdese que en la sentencia *Turner* el Tribunal de Justicia había considerado los efectos de la anti-suit injunction sobre el procedimiento que se sustancia en el extranjero eran constitutivos de infracción del Convenio de Bruselas, incluso en el caso de que se suponga que la orden conminatoria, en cuanto medida de carácter procesal, se rija únicamente por el Derecho nacional. De ahí que aplicase el principio de confianza mutua expresamente a procedimientos «comprendidos dentro del ámbito de aplicación del Convenio». No forman parte del arbitraje únicamente el procedimiento arbitral en sí y el reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales, sino también todos los procedimientos judiciales estatales cuyo objeto sea el arbitraje. La inclusión del arbitraje en el ámbito de aplicación del RB I permitiría dar entrada a la litispendencia en favor del juez de la sede del arbitraje y de conferir a la decisión que éste adopte las ventajas que ofrece el régimen de libre circulación de decisiones en el Espacio Judicial Europeo. Dicha solución, lejos de contradecir lo dispuesto en el Convenio de Nueva York de 1958, podría ser invocada por el TJ en apoyo de una solución contraria de la dispersión de la competencia para solucionar el conflicto de procedimientos y contribuiría a asegurar la eficacia de dicho instrumento internacional concentrando la decisión relativa a la validez de la cláusula ante un único juez que es, precisamente, el de la sede. El Grupo Galileo, integra profesores de Italia y de Francia: Bertrand Ancel (Université Paris II), Marie-Elodie Ancel (Université Paris 12), Tito Ballarino (Université de Padoue), Didier Boden (Université Paris I), Luigi Mari (Université d'Urbino), Horatia Muir Watt (Sciences Po) e Ilaria Pretelli (Université d'Urbino). [http://ec.europa.eu/justice/news/consulting\\_public/0002/contributions/civil\\_society\\_ngo\\_academics\\_others/university\\_of\\_urbino\\_groupe\\_galileo\\_fr.pdf](http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/0002/contributions/civil_society_ngo_academics_others/university_of_urbino_groupe_galileo_fr.pdf).

- (59) A. Dickinson. [http://ec.europa.eu/justice/news/consulting\\_public/0002/contributions/civil\\_society\\_ngo\\_academics\\_others/mr\\_andrew\\_dickinson\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/0002/contributions/civil_society_ngo_academics_others/mr_andrew_dickinson_en.pdf)
- (60) V.gr., «Propuesta a la reforma del Reglamento 44/2001», Seminario organizado por el Club Español del Arbitraje y la ILA», Madrid, 16 junio 2009; «Journée de droit international privé», Lausana, 8 abril 2011; «Revision of the Brussels I Regulation the Commission Proposal and the Way Forward», Trier, 26-27 mayo 2011; «Italo-German Cooperation in the Brussels I Recast: Conference in Milan» (25-26 noviembre 2011); «The Lugano Convention and the Recast of the Brussels I Regulation - An international perspective», Zurich, 4 mayo 2012.
- (61) V. gr. los estudios recogidos en el libro de: A. Bonomi y C. Schmid, *La révision du Règlement 44/2001 (Bruxelles I)...*, op.; E. Lein (ed), *The Brussels I Review Proposal Uncovered*, Londres, BII CL, 2012; F. Pocar, I. Viarengo y F.C. Villata (eds.), *Recasting Brussels I*, Pádua, Cedam, 2012; P. Mayer, *Arbitrage et droit de l'Union Européenne*, París, Lexis Nexis, 2012.
- (62) Vid. P. Santomauro, «Sense and sensibility: Reviewing West Tankers and Dealing with its Implications in the wake of the Reform of EC Regulation 44/2001», *J. Private Int'l L.*, vol. 6, n.º 2, 2010, pp. 301-318; C. Azcárraga

Monzonís, «Heidelberg, West Tankers, Endesa. La revisión del Reglamento Bruselas I en materia arbitral: ¿reformular para mejorar?», *Arbitraje*, vol. IV, n.º 2, 2011, pp. 405-453, esp. pp. 414-418.

- (63) República Checa: [http://ec.europa.eu/justice/news/consulting\\_public/0002/contributions/ms\\_governments/czech\\_republic\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/0002/contributions/ms_governments/czech_republic_en.pdf), pág. 10; Hungría: [http://ec.europa.eu/justice/news/consulting\\_public/0002/contributions/ms\\_governments/hungary\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/0002/contributions/ms_governments/hungary_en.pdf), pág. 8
- (64) [http://ec.europa.eu/justice/news/consulting\\_public/0002/contributions/civil\\_society\\_ngo\\_academics\\_others/university\\_of\\_urbino\\_groupe\\_galileo\\_fr.pdf](http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/0002/contributions/civil_society_ngo_academics_others/university_of_urbino_groupe_galileo_fr.pdf)
- (65) Países Bajos: [http://ec.europa.eu/justice/news/consulting\\_public/0002/contributions/ms\\_governments/netherlands\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/0002/contributions/ms_governments/netherlands_en.pdf), pág. 9.
- (66) De acuerdo con la respuesta española: «A judicial judgement on the arbitration compromise, on the proceedings supporting arbitration or on the annulment of the award will benefit of the abolition of exequatur if they have fulfilled the jurisdictional criteria of the regulation. So, if the parties have chosen a seat for the arbitration and the competent court decides on any issue related arbitration, this judgement will profit of the abolition of exequatur. In any other case, the judgement will not benefit of that regime». [http://ec.europa.eu/justice/news/consulting\\_public/0002/contributions/ms\\_governments/spain\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/0002/contributions/ms_governments/spain_en.pdf).
- (67) Francia: [http://ec.europa.eu/justice/news/consulting\\_public/0002/contributions/ms\\_governments/france\\_fr.pdf](http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/0002/contributions/ms_governments/france_fr.pdf), pág. 24. En esta idea de pérdida de liderazgo de Europa en la administración del arbitraje insiste la contestación de la Universidad de Valencia: [http://ec.europa.eu/justice/news/consulting\\_public/0002/contributions/english\\_translations\\_ec/university\\_of\\_valencia\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/0002/contributions/english_translations_ec/university_of_valencia_en.pdf)
- (68) E. Gaillard: [http://ec.europa.eu/justice/news/consulting\\_public/0002/contributions/civil\\_society\\_ngo\\_academics\\_others/mr\\_emmanuel\\_gaillard\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/0002/contributions/civil_society_ngo_academics_others/mr_emmanuel_gaillard_en.pdf); Comité français de l'arbitrage: [http://ec.europa.eu/justice/news/consulting\\_public/0002/contributions/civil\\_society\\_ngo\\_academics\\_others/comite\\_francais\\_de\\_l\\_arbitrage\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/0002/contributions/civil_society_ngo_academics_others/comite_francais_de_l_arbitrage_en.pdf); U. Draetta & A. Santini, «Arbitration exception and Brussels I Regulation: no Need for Change», *Int'l Business L.J.*, 2009-6, pág. 742.
- (69) The Reference of the House of Lords for a Preliminary Ruling by the European Court of Justice on the Scope of Regulation 44/2001 (Brussels I), 27 febrero 2007 [http://www.biicl.org/files/2873\\_west\\_tankers\\_seminar\\_discussion\\_note.pdf](http://www.biicl.org/files/2873_west_tankers_seminar_discussion_note.pdf)
- (70) Review of the Brussels I Regulation (EC 44/2001), Comments from the United Kingdom, ps. 33-40. [http://ec.europa.eu/justice/news/consulting\\_public/0002/contributions/ms\\_governments/united\\_kingdom\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/0002/contributions/ms_governments/united_kingdom_en.pdf)
- (71) Naturalmente, los redactores del informe Heidelberg refutaron muchas de las críticas a que fueron sometidos. Vid. P. Schollosser, B. Hess y T. Pfeiffer, «Les propositions du Rapport Heidelberg concernant l'application de "Bruxelles I" l'arbitrage – une réponse à l'éditorial de M. Lazareff», *Les Cahiers de l'Arbitrage*, 2008, n.º 3, pp. 26-27.
- (72) U. Magus y P. Mankowski, «Joint Response to the Green Paper on the Review of the Brussels I Regulation», pp.

13-16. [http://ec.europa.eu/justice/news/consulting\\_public/0002/contributions/civil\\_societyngo\\_academics\\_others/prof\\_magnus\\_and\\_prof\\_mankowski\\_university\\_of\\_hamburg\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/0002/contributions/civil_societyngo_academics_others/prof_magnus_and_prof_mankowski_university_of_hamburg_en.pdf).

(73) Credit Agricole - Calyon Answer. [http://ec.europa.eu/justice/news/consulting\\_public/0002/contributions/civil\\_societyngo\\_academics\\_others/credit\\_agricole\\_s\\_a\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/0002/contributions/civil_societyngo_academics_others/credit_agricole_s_a_en.pdf)

(74) Observations sur le Rapport relatif à l'application du Règlement de Bruxelles I dans les Etats membres de l'Union européenne, dit «Rapport Schlosser», 22 mayo 2008 [http://www.clubarbitraje.com/files/docs/Informe\\_Pinsolle.pdf](http://www.clubarbitraje.com/files/docs/Informe_Pinsolle.pdf). El grupo de trabajo presidido por Philippe Pinsolle, estaba integrado por normas ilustres del mundo del arbitraje vinculado a la CCI: Edouard Bertrand, Louis Degos, Yves Derains, Emmanuel Gaillard. Serge Lazareff, Alexis Mourre y José Rosell.

(75) S. Azzali y M. De Santis, «Impact of the Commission's Proposal to Revise Brussels I Regulation on Arbitration Proceedings Administered by the Chamber of Arbitration of Milan», en F. Pocar, I. Viarengo y F.C. Villata (eds.), *Recasting Brussels I*, Pádua, Cedam, 2012, pp. 71-90.

(76) Propuesta del Club Español del Arbitraje y de la Sección Española de la International Law Association a la reforma del Reglamento 44/2001. [http://www.clubarbitraje.com/files/docs/Propuesta\\_CEA\\_ILA\\_SE\\_sobre\\_Reglamento\\_44\\_2001.pdf](http://www.clubarbitraje.com/files/docs/Propuesta_CEA_ILA_SE_sobre_Reglamento_44_2001.pdf).

(77) De acuerdo con esta propuesta se debería añadir al art. 1.2.º c) del Reglamento el siguiente texto:

1. Cuando las partes hubieren celebrado un acuerdo por escrito sometiendo sus disputas a un arbitraje con sede en un Estado miembro, los tribunales de los demás Estados miembros sólo podrán conocer del litigio cuando el tribunal arbitral hubiere declinado su competencia o haya dictado un laudo sobre el fondo que no sea susceptible de reconocimiento y ejecución en el Estado miembro a cuyos tribunales judiciales se haya acudido y que serían competentes para conocer sobre el fondo conforme a este Reglamento.

2. Esta regla no será de aplicación cuando el acuerdo de arbitraje sea manifiestamente nulo o inaplicable.

(o bien: Esta regla no será de aplicación cuando dar efecto al acuerdo de arbitraje conduciría a una manifiesta injusticia o sería manifiestamente contrario al orden público del Estado del tribunal al que se ha acudido).

3. La expresión «acuerdo por escrito» denotará una cláusula incluida en un contrato o un acuerdo de arbitraje, firmados por las partes o contenidos en un canje de cartas, telegramas o de cualquier otro medio de telecomunicación que deje constancia del acuerdo en soporte escrito, electrónico o de otro tipo.

(78) Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil COM(2010) 748.

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0748:FIN:ES:PDF>

(79) Dicho informe consideraba «que los diferentes mecanismos procesales para proteger la competencia arbitral

(anti-suit injunctions, u órdenes conminatorias judiciales que prohíben instar un procedimiento distinto del arbitraje, cuando son conformes a la libre circulación de personas y los derechos fundamentales; declaración de validez de una cláusula de arbitraje; indemnizaciones por incumplimiento de una cláusula de arbitraje; efecto negativo del principio Kompetenz-Kompetenz, etc.) deben mantenerse, y que los efectos de estos procedimientos y de las correspondientes resoluciones judiciales de otros Estados miembros deben seguir siendo competencia de la legislación de dichos Estados miembros, como ocurría antes de la sentencia *West Tankers*» (Informe sobre la aplicación y revisión del Reglamento (CE) n.º 44/2001 del Consejo relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (2009/2140(INI)), 29 junio 2012, <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+REPORT+A7-2010-0219+0+DOC+PDF+V0//Es>.

(80) L.G. Radicati di Brozolo, «Arbitration and the Draft Revised Brussels I Regulation: Seeds of Home Country Control and of Harmonisation?», *J. Priv. Int'l L.*, vol. 7, n.º 3, 2001, pp. 423-460.

(81) P. Hay «Notes on the European Union's Brussels-I "Recast" Regulation». *An American Perspective*, *The European Legal Forum*, 2013, n.º 1, pp. 1-8

(82) El Informe de 29 junio 2010 sobre la aplicación y revisión del Reglamento (CE) n.º 44/2001 del Consejo relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (2009/2140(INI): en el ap. 9 manifestó su enérgica oposición «a la supresión, siquiera parcial, de la exclusión del arbitraje del ámbito de aplicación del Reglamento»; y, en esta dirección, el ap. 10 consideró «... el art. 1, ap. 2, letra d), del Reglamento debe dejar claro que no solo los procedimientos de arbitraje están excluidos del ámbito de aplicación del Reglamento, sino también los procedimientos judiciales que tengan por objeto principal, incidental o preliminar la validez o el alcance de la competencia arbitral; considera asimismo que debe añadirse un apartado al art. 31 en el que se disponga que no se reconocerán las resoluciones cuando el tribunal del Estado miembro de origen, al decidir en su resolución sobre la validez o el alcance de una cláusula arbitral, haya infringido alguna norma de la legislación sobre arbitraje en el Estado miembro en que se solicita la ejecución, a no ser que la resolución de ese Estado miembro produzca el mismo resultado que se hubiera alcanzado de aplicarse la legislación sobre arbitraje del Estado en que se solicita la ejecución». En la Comisión de Asuntos Jurídicos este informe fue aprobado por 15 votos a favor y 6 en contra.

(83) R. Cafari Panico, «Jurisdiction and Applicable Law in the Case of So-called Pathological Arbitration Clauses in view of the Proposed Reform of the Brussels I Regulation», F. Ferrari y S. Kröll, eds., *Conflicts of Laws in International Arbitration*, Múnich, Sellier, 2011, pp. 81-116, esp.116.

(84) Vid., inter alia, P. Hay «Notes on the European Union's Brussels-I «Recast» Regulation». *An American Perspective*, *The European Legal Forum*, 2013, n.º 1, pp. 1-8;d

(85) Propuesta del Club Español del Arbitraje..., loc. cit., n.º 9.